



UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA
DE LOS DAÑOS OCASIONADOS
AL DERECHO AL HONOR,
A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR
Y A LA PROPIA IMAGEN**

MARIA E. ROVIRA SUEIRO

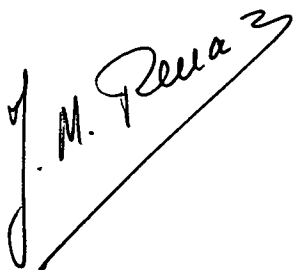
A CORUÑA 1997

UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL
DERIVADA DE LOS DAÑOS OCASIONADOS AL
DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL
Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

Tesis Doctoral presentada por
Dña. María E. Rovira Sueiro y
dirigida por el Prof. Dr. José M^a
Pena López, Catedrático de
Derecho Civil, para acceder al
grado de Doctor en Derecho

V° B°

A handwritten signature in black ink, reading "J. M. Pena López", written diagonally across the page.

FACULTAD DE DERECHO

A CORUÑA

FEBRERO 1997

A José M^a Pena, por su apoyo
y por su generoso magisterio.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	I
INTRODUCCIÓN	V

CAPÍTULO I: LAS CONDUCTAS GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD: LA ILICITUD DE LA INTROMISIÓN

I.-TIPOS DE ACTOS ILÍCITOS DAÑOSOS QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD	3
1.-FIJACIÓN DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRACTRACONTRACTUAL DE ESTA RESPONSABILIDAD	10
2.-ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA POSIBLE TITULARIDAD DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR ESTA LEY POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	27
II.-PARÁMETROS JURÍDICOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	61
1.-LA LEY:	62
A) NORMAS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE ESTOS DERECHOS:	62
i)El artículo 18 de la Constitución	62
ii)Límites constitucionales para el desarrollo de estos derechos: el respeto de su contenido esencial	67
iii)Cauce constitucional para el desarrollo de estos derechos: la reserva de Ley	89
B) LA LO 1/1982: ARTÍCULO 7	125
i)El derecho a la intimidad	138
ii)El derecho a la propia imagen	163
iii)El derecho al honor	189
C) La LO 5/1992: ARTÍCULOS 3 A 7	216

2.-LOS USOS SOCIALES	229
3.-LOS PROPIOS ACTOS	248

CAPÍTULO II: CAUSAS QUE ELIMINAN LA ILICITUD

I.-INTRODUCCIÓN	267
II.-CAUSAS PREVISTAS ESPECÍFICAMENTE EN LA LO 1/1982 y LO 1/1992	269
1.-EL CONSENTIMIENTO	275
A.-NATURALEZA	276
B.-CAPACIDAD	295
C.-LEGITIMACIÓN	298
D.-FORMA	301
E.-EFICACIA	305
2.-INTROMISIONES EXPRESAMENTE AUTORIZADAS POR LEY	319
3.-ACTUACIONES AUTORIZADAS O ACORDADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE DE ACUERDO CON LA LEY	344
4.-PREDOMINIO DE UN INTERÉS RELEVANTE	352
III.-CAUSAS GENERALES DE JUSTIFICACIÓN	365
1.-ESTADO DE NECESIDAD	369
2.-LEGÍTIMA DEFENSA	375
3.-EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO	380

CAPÍTULO III: LA CULPA

I.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	425
II.-SOLUCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES	426
III.-NUESTRA SOLUCIÓN: IDONEIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA	432

CAPÍTULO IV: EL DAÑO

I.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	451
II.-SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 9.3 DE LA LO 1/1982	452
III.-LA INDEMNIZABILIDAD DE LOS DAÑOS CAUSADOS A ESTE TIPO DE DERECHOS	460
IV.-CONCEPTO DE DAÑO MORAL Y DAÑO PATRIMONIAL INDIRECTO	469
V.-CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO:	476
1.-VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL	476
2.-VALORACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL INDIRECTO	481
VI.-POSIBILIDAD DE REVISAR EL "QUANTUM" EN CASACIÓN	482
VII.-ANÁLISIS DE LA POSIBLE RELEVANCIA EN ESTE ÁMBITO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO LESIVO Y EL DAÑO PRODUCIDO	485

CAPÍTULO V: LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

I.-MARCO NORMATIVO: ANÁLISIS PRELIMINAR DE LA DISTINTAS ACCIONES DE PROTECCIÓN CIVIL DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN	489
II.-LEGITIMACIÓN ACTIVA	495
1.-EJERCICIO DE ACCIONES EN VIDA DEL TITULAR	495
2.-EJERCICIO DE ACCIONES TRAS EL FALLECIMIENTO DEL TITULAR	496
A.-INTROMISIONES PRODUCIDAS <u>POSTMORTEM</u>	496
B.- INTROMISIONES PRODUCIDAS <u>ANTEMORTEM</u>	504
III.-LEGITIMACIÓN PASIVA	506
IV.-SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACIÓN	515
V.-LÍMITES TEMPORALES DE LA LEGITIMACIÓN	517
VI.-SUPUESTO PARTICULAR DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA MEDIANTE EL USO DE LA INFORMÁTICA	522
CONCLUSIONES	527
INDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS	535
BIBLIOGRAFÍA	547

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO

AC: Revista Actualidad Civil.
AD: Actualidad y Derecho.
ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi
Ar: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
Ar.Civ.: Aranzadi Civil.
Art./ Arts.: Artículo/ Artículos
ATC: Auto del Tribunal Constitucional.
ADC: Anuario de Derecho Civil.
ADH: Anuario de Derechos Humanos.
AFD: Anuario de Filosofía del Derecho.
BOC: Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
Cap.: Capítulo.
CC: Código Civil.
CCm: Código de Comercio.
CDO: Considerando.
CE: Constitución española de 1978.
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CP: Código Penal.
CCJC: Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil.
DGRN.: Dirección General de Registros y del Notariado.
Edit.: Editorial.
FJ: Fundamento jurídico.
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECr: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LL: Revista Jurídica Española La Ley.
LO: Ley Orgánica.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
LORTAD: Ley Orgánica Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.
LPI: Ley de Propiedad Intelectual.
LPJDFP: Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
LRC: Ley del Registro Civil.
NEJ: Nueva Enciclopedia Jurídica, F.Seix Editor.
Nov.D.It.: Novissimo Digesto Italiano.
Pág./págs.: página/ páginas.
PJ: Revista Poder Judicial.
PLR: Public Law Review.
RAP: Revista de Administración Pública.
Ras.Dir.Civ.: Rassegna di Diritto Civile.
RCL: Repertorio cronológico de Legislación.
R.D.Not.: Revista de Derecho Notarial.
RDP: Revista de Derecho Político.
R.D.Priv.: Revista de Derecho Privado.
REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
REDC: Revista Española de Derecho Constitucional.
REP: Revista de Estudios Políticos.
RFDUC: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

RFDUG: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.
RFDUM: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
RGD: Revista General del Derecho.
RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
RJC: Revista Jurídica de Catalunya.
RJCM: Revista Jurídica de Castilla-La Mancha.
RRC: Reglamento del Registro Civil.
RVAP: Revista Vasca de Administración Pública.
Riv.Dir.Civ.: Rivista di Diritto Civile.
Riv.Dir.Priv.: Rivista di Diritto Privato.
RTDC: Revue Trimestrel de Droit Civile.
RTDP: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.
RTDPC: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.
STS/ SSTs: Sentencia/ Sentencias del Tribunal Supremo.
STC/ SSTC: Sentencia/ Sentencias del Tribunal Constitucional.
TC: Tribunal Constitucional.
Tít: Título.
TS: Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

La Constitución española de 1978 reconoce y garantiza en su art.18 los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. La positivación de los referidos derechos, que han sido unánimemente calificados como derechos de la personalidad, les confiere, a su vez, el carácter de fundamentales, el cual conlleva unas consecuencias teóricas y prácticas que se proyectan en la totalidad del conjunto del ordenamiento jurídico y, por ende, en el Derecho civil.

En este sentido, debemos primeramente señalar que la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, protegidos tradicionalmente al amparo de los arts.1902 y concordantes del Código Civil, encuentran en el presente una cobertura específica a tenor, básicamente, de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de estos derechos y de la LO 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Esta circunstancia, sin embargo, no empece la aplicación como supletoria del régimen que se contiene en el art.1902 CC y concordantes en cuanto no contradigan las prescripciones contenidas en aquellas leyes

especiales, pues si bien la normativa codificada y concordante ha visto disminuido el protagonismo de antaño en las materias reguladas por otras leyes, ello no significa que haya perdido vigencia que le es propia por razón de su naturaleza de Derecho Común.

Con el fin de lograr un desarrollo sistemático de la materia objeto de nuestra investigación hemos tratado de mantener el esquema clásico de responsabilidad. Así en primer lugar, es objeto de análisis las conductas generadoras de responsabilidad. En segundo lugar, nos ocupamos de las posibles causas de justificación, tanto de las específicamente previstas por las leyes civiles como por la posible aplicación de las causas que se contienen en el Código Penal. En el Capítulo tercero, bajo el título "La culpabilidad en la lesión", tratamos de indagar el origen de la transformación que está sufriendo, en términos generales, el elemento de la culpa -en sentido amplio- para así poder dilucidar su vigencia respecto de los ilícitos que constituyen los atentados al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Seguidamente, en el Capítulo cuarto se analiza el elemento del daño, teniendo en cuenta, por un lado, el carácter eminentemente moral del daño producido -que no excluyente de la producción de daños patrimoniales impropios-, y por otro lado, la novedad que supone la presunción del mismo a tenor del art.9.3 de la LO 1/1982, con la consiguiente indagación del alcance y significado de dicha presunción. Por último, en el Capítulo quinto, se analiza, dentro del elenco de acciones civiles que han

sido previstas por el legislador, la acción indemnizatoria.

Para el análisis de todas estas cuestiones y de los múltiples problemas de interpretación que nos hemos encontrado, nuestra Constitución ha supuesto el punto de referencia primero y último; pero quizá donde su influencia se haya materializado de una forma más acusada es en el Capítulo Primero a la hora de analizar la Ley como criterio relevante para delimitar la conductas constitutivas de intromisión ilegítima, puesto que hemos considerado muy conveniente determinar con detenimiento el alcance y significado de las garantías constitucionales derivadas del art.53.1, que se traducen en el estudio de la necesidad de respeto del contenido esencial y la existencia de una reserva de una reserva de ley (ex art.81).

Asimismo, y teniendo en cuenta las características propias de estos derechos, más en concreto la relatividad de su contenido y su versatilidad social, que impiden una fijación apriorística de sus contornos, las conclusiones a las que se llega a través de esta investigación, han sido objeto de contraste con la jurisprudencia vertida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional, como índice que permite medir la adecuación o no, según los casos, de las soluciones brindadas por nuestro ordenamiento jurídico a las demandas sociales actuales.

Debemos manifestar que en el análisis jurisprudencial la

doctrina del Tribunal Constitucional ha jugado un papel determinante respecto de aquellas cuestiones especialmente necesitadas de una interpretación. En este sentido, ha resultado de capital importancia para coordinar los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art.18 CE) con las libertades de información y expresión (art.20.1 CE), habida cuenta del carácter de límite expreso que ostentan los primeros respecto de las segundas a tenor del art.20.4 CE. Asimismo ha resultado ineludible, por ejemplo, para determinar la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas y para esclarecer la vigencia del art.65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 sobre el que se asienta el régimen de responsabilidad solidaria.

En cualquier caso, con el tratamiento de los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad civil en general, hemos procurado poner de manifiesto las peculiaridades que inciden en este régimen general como consecuencia de las específicas previsiones legislativas respecto de estos tres derechos de la personalidad: honor, intimidad y propia imagen.

CAPÍTULO I

LAS CONDUCTAS GENERADORAS DE RESPONSABILIDAD: LA ILICITUD DE LA INTROMISIÓN

I.-TIPOS DE ACTOS ILÍCITOS QUE PUEDEN GENERAR RESPONSABILIDAD.

La antijuridicidad constituye uno de los elementos comunes a toda responsabilidad. Que un acto sea antijurídico significa que es ilícito, pero, en materia de responsabilidad civil, dada la atipicidad de sus conductas generadoras, tal consideración, la ilicitud, no se limita a la vulneración de un específico precepto legal imperativo o prohibitivo sino que puede consistir en la violación del deber que todos tenemos de no causar daño a otro (*alterum non laedere*). Desde esta perspectiva, como señala DE ANGEL, "la actividad lesiva de los humanos escapa a toda catalogación, definición o tipificación"¹.

El Código civil español, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos², no recoge el término antijurídico,

¹DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Edit.Civitas, Madrid, 1993, pág.63.

Sobre la idea de antijuridicidad no hay un concepto claro, siendo muy numerosas las especulaciones doctrinales habidas en torno a este término. Algunos autores la conciben en sentido amplio identificándola con lo ilícito, mientras que otros la limitan a aquello que es contrario a la ley positiva.

A título de ejemplo, incorporamos las opiniones de algunos autores, así GSCHNITZER, F. (*Schuldrecht. Besorender Teil und Schadenersatz*, Viena, 1963, págs.153 y ss., citado por Santos Briz, J., *La responsabilidad civil*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1986, pág.28) quien la define como "la infracción de una norma, ya de la ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la norma persigue, o ya lesione los principios jurídicos superiores". NIPPERDEY, H.C. (*Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht*, 1960, págs.1278 y ss, citado por Santos Briz, J., *La responsabilidad civil*, op.cit., pág.28) concibe la antijuridicidad como "la lesión de intereses jurídicamente reconocidos por medio de acciones contrarias a los mandatos o prohibiciones del ordenamiento, atendiendo también a la función determinante de la norma jurídica".

²Este es el caso por ejemplo del Código Civil portugués que en su art.483.1° establece que "Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposicao legal destinada a proteger interesses alheis fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos

injusto o ilícito, para la responsabilidad civil en el art.1902, pues se limita a establecer en éste que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Es palmario, por lo tanto, que en esta materia se mantiene fiel al Código Civil francés cuyo art.1832 dispone que "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

Este hecho, fundamentalmente, ha conducido a algún sector de la doctrina a negar la existencia del requisito de la antijuridicidad³. En España, sigue esta línea de pensamiento PANTALEÓN quien afirma que "parece correcto, en conclusión, negar que el elemento <<antijuridicidad>> forme parte, por lo que a nuestro Derecho respecta, de los supuestos de hecho de

resultantes da violação".

Lo mismo puede decirse del art.2043 del Codice Civile italiano cualifica el daño exigido como injusto al disponer que "qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

³La falta de este requisito ha sido defendida especialmente por la doctrina italiana, siendo destacable CARBONNE, V. (*Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Edit.Eugenio Jovene, Napoli, 1969), quien dedica un libro a la negación de este requisito concluyendo al respecto lo siguiente: "che l'obbligazione di risarcimento, che costituisce la conseguenza della responsabilità civile, non deriva dall'illecito, ma dal fatto dannoso" (pág.123), y que "per l'ordinamento italiano il carattere dell'illiceità è estraneo al fatto dannoso" (pág.140).

Sin embargo, no han faltado voces autorizadas tanto en Francia como en Italia, ante el correspondiente artículo del Código de 1865, que protestaron vivamente por la ausencia del requisito, o que lo han entendido presupuesto en el requisito de la culpa, que viniendo a traducir el término "faute" del Código Civil francés, exigirían que la negligencia para que fuese relevante a los efectos de la responsabilidad civil, se diese sobre la acción u omisión ilícita. En este sentido vid. PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit Civil*, París, 1907, vol.II, págs.275 y ss.; PLANIOL, M., RIPERT, G., BOULANGER, *Traité élémentaire de Droit Civil*, París, 1947, vol.II, págs.310 y ss.; CHIRONI, G.P., *Colpa extracontrattuale*, Torino, 1903, vol.II, pág.37 y 99; PACCHIONI, "Dei delitti e quasi delitti", en *Diritto Civile Italiano*, Padova, 1940, vol.IV, págs.50 y 60.

las normas de responsabilidad extracontractual"⁴.

Sin embargo, (aparte de otras razones que no es el caso exponer aquí)⁵, no hay que olvidar que nuestro Código Civil califica aquellos actos u omisiones generadores de responsabilidad como "ilícitos", en el art.1089 CC y que, luego, en el art.1887 CC que encabeza el primero de los Capítulos dedicados a las obligaciones que se contraen sin convenio, califica a los cuasicontratos como hechos "lícitos", contraponiéndolos así a los que se ubican en el Capítulo II, los que nacen de "culpa o negligencia", que se califican, consiguientemente, a contrario, como ilícitos, siguiendo así, por otra parte, la contraposición subrayada por POTHIER en estos términos "los delitos o cuasi-delitos difieren de los cuasi-contratos en que el hecho de donde resulta el cuasi-contrato es un hecho permitido por las leyes; en lugar de que el hecho que forma el delito o cuasi-delito es un hecho penable"⁶.

Por otra parte, no hay que olvidar tampoco que en nuestro

⁴PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art.1902", en *Comentarios al Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág.1995.

⁵Acerca de otras razones que demuestran la exigencia del requisito de la antijuridicidad, vid. BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad extracontractual*, (Tesis doctoral inédita), La Coruña, 1995, págs.322-340.

⁶POTHIER, R.J., *Tratado de las obligaciones*, Edit.Heliasta, 1993, (versión directa del *Traité des Obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M.Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas), pág.72.

ordenamiento late (vgr.arts.6.4, 7, 1271, 1275, 792 CC) un concepto de acto ilícito como acto contrario a las leyes, entendidas éstas en un sentido equivalente al de ordenamiento jurídico, dado que también la contrariedad con la moral o las buenas costumbres a las que las normas nos remiten determina la ilicitud del hecho de que se trate, así en el art.6 CC la contrariedad se refiere, a propósito del fraude, al "ordenamiento", y en el art.7 CC se reprimen como ilícitos los actos que infringen los límites que están tan sólo implícitos en el ordenamiento para el ejercicio de los derechos: la buena fe y el uso no abusivo del derecho.

La jurisprudencia confirma, a nuestro juicio, la exigencia del requisito de la ilicitud del daño como presupuesto para que surja la obligación de indemnizar un daño o un perjuicio, en una doctrina que parece consolidarse, -aunque no sin vacilaciones-, en la práctica de nuestro Tribunal Supremo, así entre otras, se pueden citar las SSTs de 23 de diciembre de 1952⁷, de 6 de julio de 1956⁸, y en particular las de 10 y 25 de octubre de 1968⁹, que contienen un mismo considerando primero en el que se nos dice que: "para que pueda ser estimada la responsabilidad extracontractual, es necesaria la concurrencia de diversos requisitos o supuestos integrados por

⁷Ar.2673.

⁸Ar.2757.

⁹Ar.4271 y 4796, respectivamente.

la acción u omisión, la lesión o daño, la antijuridicidad o ilicitud, la culpa del agente y la relación de causalidad entre la daño y la falta".

Más recientemente, dicho posicionamiento se confirma en las Sentencias de 18 de mayo¹⁰ y 12 de diciembre de 1984, concretamente, esta última establece que "es un indeclinable presupuesto para imponer la reparación de daños que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma aún más genérica <<alterum non laedere>> protectora del bien lesionado como tal imputable a negligencia o dolo del agente"¹¹.

A pesar de esta tendencia, que podemos considerar predominante, alguna Sentencia, como la de 7 de enero de 1960, estima que no es necesaria, conforme a la literalidad del art.1902 del Código Civil, la previa ilicitud de los actos u omisiones productores de daños para que generen una responsabilidad¹².

En línea con esa proclividad a la exigencia del requisito de la antijuridicidad, la Sentencia de 24 de febrero de 1993 declara, respecto de la responsabilidad que establece el art.1902 del CC que: "...viene condicionada por la exigencia

¹⁰Ar.2420.

¹¹Considerando 2º, (Ar.6039).

¹²Ar.104.

de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma, aún la más genérica ("alterum non laedere"), protectora del bien agraviado, y culpable, por omisión de la diligencia exigible, que comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento (...), los dos apuntados requisitos configuradores de la responsabilidad por culpa extracontractual, concurren en la conducta omisiva de los demandados (...) "¹³

En definitiva, el Tribunal Supremo, "exige la concurrencia del requisito de la antijuridicidad para la apreciación de responsabilidad civil extracontractual ex art.1902 del CC, si bien se muestra vacilante en cuanto al alcance y significado del mismo, puesto que, si bien parece partir del concepto de antijuridicidad como equivalente a la vulneración de una concreta norma del ordenamiento jurídico, acaba confundiéndola - en la primera de las Sentencias citadas es evidente- con la diligencia exigible y, en definitiva, con otro de los requisitos de la responsabilidad civil derivada del art.1902, cual es, la culpabilidad"¹⁴.

Por todas estas razones, podemos concluir que el requisito de la antijuridicidad está exigido en el Código Civil y que

¹³Ar.1251.

¹⁴BUSTO LAGO, J.M., *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, op.cit., pág.320.

éste viene a concebirlo como contrariedad al ordenamiento jurídico.

Por lo demás, el Código Civil no hace nada más que explicitar un criterio básico para la imputación del daño causado, puesto que si éste no incide sobre un interés jurídicamente protegido, o bien es causado en ejercicio de un derecho, el daño debe ser soportado, en principio, por quien lo sufre; sin embargo, en el supuesto contrario, deberá serlo por quien lo ocasiona.

En cualquier caso, en el ámbito concreto de la responsabilidad civil que estamos tratando, la discusión resulta ociosa, pues la leyes reguladoras están partiendo sistemáticamente de que la intromisión es ilegítima, como lo demuestra, por ejemplo, el tenor literal del art.1.1 de la LO 1/1982 al establecer que "el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas¹⁵, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica"¹⁶.

¹⁵El subrayado es nuestro.

¹⁶Término éste, -el de "intromisión ilegítima"-, que se repite con frecuencia a lo largo del articulado de la LO 1/1982, así ocurre en el art.2.2 "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima (...)" ; en el art.7 se nos dice que "tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2º de esta Ley: (...)", en el art.8 "No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones (...)" ; en el art.9.1 "La tutela judicial frente a las

1.-FIJACIÓN DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE ESTA RESPONSABILIDAD:

Un adecuado estudio de las consecuencias derivadas de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, debe necesariamente partir de la fijación del tipo de responsabilidad que se genera, o lo que es lo mismo, de la determinación del marco jurídico habitual en que se sitúan este tipo de ilícitos.

Se trata, de una importante cuestión interpretativa, toda vez que la Ley reguladora de la protección civil de estos derechos, la LO 1/1982 de 5 de mayo, omite cualquier referencia a esta materia.

En consecuencia, para colmar este silencio, es preciso detenerse en las diferentes clases de responsabilidad, con el fin de intentar determinar en cuál o cuáles de ellas encaja mejor la originada por la vulneración de estos derechos¹⁷.

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen son derechos de la personalidad, como lo

intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley (...)", etc..

¹⁷La naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad civil que se genera al amparo de la LO 1/1982 es objeto de tratamiento en el Capítulo III "La culpabilidad en la lesión".

reconoce la Exposición de Motivos de la Ley del 82¹⁸ y reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional y como tales gozan de una serie de características que mediatizan sensiblemente todo su desenvolvimiento jurídico.

Las características de los mismos, tal y como las perfiló BELTRÁN DE HEREDIA¹⁹, son: a) Esencialidad, b) Inherencia (que implica que son individuales, privados y absolutos, si bien el término absoluto con matizaciones) y c) Extrapatrimonialidad²⁰.

¹⁸En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley señala que: "Los derechos garantizados por la Ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece".

Esta es la denominación más utilizada. No obstante, existen autores, como por ejemplo MARTIN, L. ("Le secret de la vie privée", RTDC, 1959, pág.232, 240), que prefieren hablar de patrimonio moral en vez de derechos de la persona, por considerar que es una noción que todavía no está acabada.

¹⁹BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en recepción pública del Excmo. Señor D. JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO*, Madrid, 1976, págs.102 y 103. En esta obra hace una caracterización de los derechos de la personalidad, que es seguida por la mayoría de nuestra doctrina.

Y respecto a la extrapatrimonialidad destaca que lleva consigo la indisponibilidad, entendida la disponibilidad como facultad o poder de realizar un acto que decida el destino del derecho, haciendo dejación de su titularidad.

²⁰El carácter extrapatrimonial de estos bienes es actualmente puesto en tela de juicio sobre todo por lo que se refiere al derecho a la propia imagen. Así, por ejemplo, AMAT LLARI, E. (*El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Edit. La Ley, Madrid, 1992 (libro dirigido por el profesor Pablo Salvador Coderch)), se manifiesta en el último sentido apuntado "el derecho al valor publicitario de la imagen junto a características propias de un derecho de la personalidad, tiene otras propias de un derecho de propiedad. Se ha dicho también que se trata de un derecho personal que se convierte en derecho de propiedad cuando se explota".

YSÁS SOLANES, M^a. ("La protección a la memoria del fallecido en la L.O.1/1982" en la obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans. Vallet de Goytisolo*, Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, Tomo VI, pág.803) considera que "La afirmación de la extrapatrimonialidad de los derechos de la personalidad debe ser matizada. Efectivamente, estos derechos en parte son comerciables y pueden tener un importante contenido patrimonial, por ejemplo la imagen. De ahí que

Aceptada esta calificación, surge el problema, entonces, de determinar en este contexto si tales derechos pueden ser objeto de contrato, generando con ello la consiguiente responsabilidad contractual en caso de incumplimiento, pues es generalmente admitido que su contexto jurídico habitual es la responsabilidad extracontractual, en este sentido, por ejemplo HERRERO-TEJEDOR mantiene que la LO 1/1982 sólo es aplicable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual y ello en base al estudio de los antecedentes que rodearon su elaboración²¹.

A tenor de lo dispuesto en el art.1271 del CC "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras", por lo que aparentemente el *quid* de la cuestión se reduciría a averiguar, si los derechos que nos ocupan, están o no fuera de este comercio.

Sin embargo, en realidad es preciso un análisis más detallado; por cuanto la doctrina establece normalmente como un requisito añadido a la prestación su patrimonialidad, es

haya que distinguir entre: derechos de la personalidad en sentido estricto, y derechos patrimoniales derivados de ciertos aspectos de los derechos de la personalidad, con caracteres algo parecidos al derecho de propiedad." Sobre el fenómeno creciente de patrimonialización del derecho a la propia imagen, vid.infra II.1.B.ii.-El derecho a la propia imagen.

²¹HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, Edit.Colex, Madrid, 1990, pág.143. Esta misma idea se desprende de lo expuesto por O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edit.Edersa, Madrid, 1991, pág.205; ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la L.Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo*, Edit. Civitas, Madrid, 1988.

decir, que sea susceptible de una valoración económica²².

Nuestro Código Civil no hace referencia, al menos expresamente, a dicho requisito en los artículos en que así podría haberlo hecho, -arts.1088, y 1255-²³; pero ¿no se contiene implícitamente tal exigencia en el carácter de la comercialidad de los bienes?, ¿no se trataría en realidad del mismo requisito?.

Parece que no, la expresión "comercio de los hombres" no puede entenderse en sentido económico, sino en sentido histórico y tradicional de ser cosas susceptibles de tráfico jurídico. Interpretación que, en cierto modo, corrobora la prescripción contenida en el precepto relativo a los servicios al no hacer referencia a su comercialidad, sino precisamente a la legalidad y moralidad, cualidades éstas que referidas a las cosas se traducen en legalidad y moralidad de su tráfico o comercio²⁴.

²²En este punto de la patrimonialidad de la prestación se ha tenido en cuenta fundamentalmente a PENA LÓPEZ, J.Mª., *Lecciones de Derecho Civil*, cedidas por cortesía del autor.

²³En estos artículos se establece exclusivamente que "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa" y, que "los contratantes pueden establecer los pacto, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

²⁴Así lo expone HERNÁNDEZ GIL, A., "El problema de la patrimonialidad de la prestación", *R.D.Priv.*, 1960, págs.273 y ss.

El problema de la patrimonialidad adquirió sus máximas dimensiones a finales del siglo pasado y sobre todo, por obra de las discusiones doctrinales habidas al respecto en la doctrina alemana.

SAVIGNY y los seguidores de la denominada Escuela Histórica partiendo de un texto del Digesto (4-7-9 que venía a señalar que pueden ser objeto de obligaciones todo aquello de lo cual podemos liberarnos con dinero), llegan a la conclusión de que tanto la prestación como el interés del acreedor en el Derecho Romano, tienen que ser patrimoniales.

Este texto, por lo demás, es perfectamente coherente con el sistema de ejecución forzosa de dicho Ordenamiento, donde una obligación para poder ser exigida judicialmente tenía que ser convertida, a través de una estimación, en una cantidad de dinero.

No obstante, tal aseveración no es pacífica y así IHERING y WINSCHIED contradicen esta postura, ya que a su entender en el Derecho romano 1º- los textos que exigen la patrimonialidad de la prestación, hacen referencia a supuestos específicos y no susceptibles de generalización a todo tipo de obligaciones; y 2º- la condena pecuniaria puede cumplir no sólo el cometido de la reparación, sino el de pena, no hallándose esta última función en pugna con el carácter no patrimonial de la

prestación²⁵.

A mayor abundamiento señalan estos autores que, en todo caso, la patrimonialidad sería un requisito exigido por el Derecho Romano, pero no por otros ordenamientos, en los cuales lo único que se exige es que haya un interés, y que éste sea digno de protección, no siendo preciso el carácter patrimonial aunque éste sea el normal. Por otra parte, la admisión de la ejecución específica de todo tipo de obligaciones traería como consecuencia que la reductibilidad de la prestación a dinero perdiera su justificación.

SCIALOIA, seguido por la casi totalidad de nuestra doctrina²⁶, denuncia una confusión entre interés y prestación; en el sentido de que se predica del interés lo que sólo se puede predicar de la prestación. Para ello distingue entre prestación en sí, la cual ha de ser susceptible de una valoración económica o pecuniaria, y el interés que ésta trata

²⁵Vid. IHERING, *Del interés en los contratos y la supuesta necesidad del valor patrimonial de las prestaciones obligatorias* (traducción castellana) Buenos Aires, 1947 y WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, (traducción italiana de Fadda y Bensa), 1926, citados por HERNÁNDEZ GIL, A., "El problema de la patrimonialidad de la prestación", op.cit., pág.274.

²⁶En este sentido vid. SCIALOIA, *Diritto delle obbligazioni*, 1898-99, pág.95. Esta posición es compartida por autores como CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, Edit.Reus, Madrid, 1988, 15ª Edición, Tomo 3, pág.70-72; PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho civil español*, Edit.EDERSA, Madrid,1946, TomoIV, Vol.1º, pág.33; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, Traducción española 1944, TomoII, Vol.1º, pág.17. ALBALADEJO, M., *Derecho de Obligaciones*, Edit.Bosch, Barcelona, 1994, Tomo II, Vol.1º, pág.30; Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, Vol.II, pág.17; SANCHO REBULLIDA, F.de A., "El objeto de la obligación", en J.L.LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1994, Tomo II, vol.2º, págs.62-64.

de satisfacer, el cuál no tiene porqué ser de carácter patrimonial sino que puede ser de carácter moral, humanístico, científico o artístico. Así, por ejemplo, una prestación de carácter patrimonial, como puede ser la del arrendamiento de los servicios de un músico, satisface intereses extrapatrimoniales de ocio.

La posición de SCIALOIA se ha plasmado en el ordenamiento jurídico italiano concretamente en el artículo 1174 del Codice civile el cual prescribe que la prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aunque no patrimonial del acreedor²⁷.

La justificación de la patrimonialidad de la prestación así formulada, siguiendo la opinión de PENA LÓPEZ²⁸, no nos parece acertada. Se parte de presuponer que las prestaciones extrapatrimoniales cuando no son cumplidas:

- 1°-no son susceptibles de ejecución en forma específica,
- 2°-no se deriva de su no realización ningún daño resarcible,
- 3°-y no existe ninguna otra medida para forzar su cumplimiento (es decir que aquí, en las obligaciones resarcitorias, terminaría la responsabilidad).

²⁷Literalmente este artículo establece que: "la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore".

²⁸PENA LÓPEZ, J.Mª., *Lecciones de Derecho Civil*, op.cit.

Todo lo cual, llevaría a la conclusión de que las obligaciones con prestaciones extrapatrimoniales no son obligaciones por carecer de responsabilidad (entendida como efectividad en caso de incumplimiento).

Sin embargo, frente a estos presupuestos no cabe sino afirmar que no son ciertos debido, en primer lugar, a que dentro del ámbito de tales prestaciones es posible la ejecución en forma específica, por ejemplo la obligación del inquilino de una vivienda de no tener perros, ya que en caso de incumplimiento es posible sacar los perros fuera de la casa.

En segundo lugar, de su no realización se pueden derivar daños morales (vgr. el tener perros puede constituir una fuente de incomodidades, inseguridad, sustos), los cuales si no se pueden reparar sí al menos son susceptibles de compensación mediante una indemnización y, daños materiales (vgr. el tener perro puede traer como consecuencia que el arrendatario se vaya de la casa, con el consiguiente perjuicio patrimonial para el propietario), que hay que resarcir. Por consiguiente, que de hecho no se produzcan daños, no quiere decir que no haya obligación de resarcirlos si se producen, circunstancia ésta que es la que caracteriza a la obligación.

Y, en tercer lugar, caben otras medidas constitutivas de la responsabilidad: resolución y excepción de contrato no cumplido en las recíprocas, (vgr. periodista obligado a

defender una determinada línea de pensamiento: resolución de contrato de trabajo, oposición al pago del salario).

GIORGIANNI interpreta de una manera diversa el significado de la patrimonialidad, y lo hace en un sentido que podríamos denominar abstracto, por lo que ésta aparece como requisito esencial de la prestación. La necesidad de este requisito así entendido obedece a diversas razones. Para que una prestación pudiera calificarse de patrimonial bastaría con que en el ambiente jurídico social en el cual la obligación nace, las personas que en él vivieran estuviesen dispuestas a un sacrificio económico para gozar de las ventajas de una determinada prestación, aunque los sujetos beneficiarios de aquélla en una concreta relación no lo estuvieran. De esta forma, prestaciones que no han sido configuradas en concreto como patrimoniales, siempre que en abstracto tengan un valor patrimonial, reunirán el requisito de la patrimonialidad²⁹.

Por consiguiente, las prestaciones desprovistas de un valor patrimonial objetivo no podrían ser objeto de obligaciones contractuales por cuanto el ordenamiento jurídico sólo concede el poder de crear obligaciones a los particulares para la satisfacción de intereses que merezcan protección jurídica, y estos intereses cuando se proyectan sobre una

²⁹Vid. GIORGIANNI, M., *La Obligación. Parte General de las Obligaciones*, (traducción española de L'Obligazione. Parte General delle obbligazione, Milano, 1955, por Evelio Verdura y Tuells), Edit. Bosch, Barcelona, 1958, págs.36-46.

prestación que no tiene ningún valor económico objetivo, no parecen tener la entidad suficiente para ser tutelados de forma directa por la Ley.

En un orden general de ideas no cabe, siquiera, poner en duda que el Derecho tutela intereses extrapatrimoniales, y que esto mismo ha de afirmarse del Derecho civil, constituyendo una prueba las leyes objeto de nuestro estudio.

No obstante, sería utópico creer que el Derecho de obligaciones no es eminentemente patrimonial; si bien esta caracterización no es incompatible con que los intereses económicos a veces estén vinculados a otros que no lo sean y viceversa, e incluso que puedan presentarse en ocasiones intereses no propiamente económicos como objeto de las relaciones jurídicas obligacionales.

No hay que olvidar que en el Derecho civil se proyecta la persona en su entera dimensión y no sólo las facetas económicas de su actuación. Así la responsabilidad derivada del daño moral y consiguiente indemnización ha sido objeto de amplia recepción tanto por la doctrina, como por las Leyes³⁰.

En suma, de lo afirmado hasta el momento puede concluirse que la patrimonialidad de la prestación no es un requisito

³⁰Vid. Infra Capítulo IV "El daño".

esencial de ésta y, en consecuencia se podría afirmar, aunque no en términos absolutos, que los bienes extrapatrimoniales pueden ser objeto de contrato.

Pues bien, a pesar de que el sedicente requisito de la patrimonialidad de la prestación no impediría erigir a estos bienes en objeto de una obligación, cabe seguir cuestionándose desde las exigencias de la naturaleza propia de estos derechos y de los requisitos del contrato si es posible deducir *in obligatione* los bienes de la personalidad, más concretamente el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen.

Para poder dar cumplida respuesta a esta cuestión es preciso proceder al estudio de tres hipótesis que, aun siendo diferentes, tienen como denominador común la existencia de un contrato o relación jurídica preconstituida³¹ que tenga como objeto, de algún modo, un bien de la personalidad. Más concretamente nos estamos refiriendo al análisis de estos bienes: I) como objeto de una obligación, II.-como objeto de una autorización (como tal revocable), III.-como bienes que se han de respetar por efecto de una obligación especial nacida de lo

³¹La existencia de una relación jurídica previa es utilizada como criterio distintivo de la responsabilidad contractual y extracontractual por MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, Edit. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, Tomo VI, pág.569.

De CUPIS, A. (*El daño*, Edit. Bosch, Barcelona, 1975, pág.137), hace las siguientes consideraciones al respecto: "Se ha afirmado reiteradamente que el daño contractual deriva de la violación de obligación específica preexistente, mientras que el daño extracontractual simplemente deriva de la violación de la genérica obligación del *neminem laedere*".

que se ha venido en llamar "contacto social" (más intensa que la que recae sobre el resto de la comunidad, deducida del principio *neminem laedere*³².

Por lo que se refiere a la primera hipótesis, la respuesta negativa se deduce, fundamentalmente, de la característica de la inherencia, concebida como sinónimo de su carácter innato, pues, -a diferencia de los derechos patrimoniales-, pertenecen al hombre en cuanto tal, como derechos que todo Estado tiene el deber de reconocer y garantizar. Desde este punto de vista, tienen una existencia *a priori* con respecto al ordenamiento jurídico, que no hace nada más que garantizarlos. Son derechos que el Derecho Objetivo encuentra ya creados. Constituyen un límite al arbitrio del legislador de cualquier sistema político y social, resultando ser uno de los logros más importantes de nuestra civilización³³.

Asimismo, se trata de derechos inseparables, inescindibles de la persona que, por lo tanto, son: 1) intransmisibles, 2) irrenunciables, y 3) imprescriptibles. En este sentido, no resulta extraño que en el art.1.3 de la LO 1/1982 se nos diga que "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable, e

³²En el desarrollo de estos puntos ha sido de capital importancia PENA LÓPEZ, J.Mª., *Lecciones de Derecho Civil*, op.cit.

³³En este sentido se pronuncia PENA LÓPEZ, J.Mª., *Lecciones de Derecho*, op.cit.

imprescriptible³⁴"

Como consecuencia de tales características puede hablarse de su indisponibilidad, pues, como afirma DE CASTRO, la persona no tiene en un auténtico *ius dominativum*³⁵, de ahí que esté vetada cualquier disposición de los mismos en sí considerada.

Por lo que se refiere a la segunda hipótesis, -como bienes objeto de autorización-, debe señalarse que el planteamiento de esta cuestión cuestión parte de la existencia de un contrato normalmente unilateral³⁶, es decir, del que surge obligación u obligaciones sólo para una de las partes, que en nuestro caso no es otra que aquélla que resulta beneficiada por la autorización del titular de los derechos de la personalidad respecto a manifestaciones puntuales de los mismos.

En esta segunda hipótesis podemos afirmar que sí es posible el nacimiento de responsabilidad contractual en relación a la parte efectivamente obligada, no así para la

³⁴El subrayado es nuestro.

³⁵En este sentido, literalmente DE CASTRO, F. (*Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pág.10) afirma que: "Hay que tener en cuenta, que la persona no tiene en ellos un auténtico derecho subjetivo ("*ius dominativum*")", que carece de un poder dispositivo sobre los mismos, que están fuera del comercio de los hombres (art.1271) y que sus facultades sobre los mismos (llamados impropriamente derechos), las de "*custos et administrator*", se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización. Siendo además sus facultades de ejercicio más limitadas que las que se tienen respecto de los bienes sociales".

³⁶Sobre la calificación de los contratos en atención a los vínculos que se producen, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español común y foral*, op.cit., Tomo III, pág.467.

autorizante puesto que el acto de ésta constituye una autorización en sentido estricto³⁷, habida cuenta de que su efecto no es otro que el de suprimir el carácter ilícito³⁸ de la lesión tal y como se infiere del tenor literal del art.2.2 de la LO 1/1982 "no se apreciarán la existencia de intromisiones ilegítimas en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso"³⁹.

Por lo tanto, -al margen de la posible existencia de una responsabilidad contractual que tenga su origen en el incumplimiento de la persona beneficiaria de la autorización-, no se crea, una obligación de tolerar intromisiones, que además de ser incompatible, a nuestro juicio, con la ley, la moral y el orden público ex arts.1255 y 1271 CC, lo es también con el carácter revocable de la autorización ex art.2.3 de la LO 1/1982 que establece que "el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas",

³⁷Sobre la naturaleza jurídica y los efectos de la autorización, vid. infra Capítulo II, II.1.El consentimiento en la LO 1/1982.

³⁸Como señala LETE DEL RÍO, J.M. (*Derecho de la persona*, Edit.Tecnos, Madrid, 1996, pág.229), "la Ley pretende simplemente preservar el núcleo de la vida individual o familiar en tanto en cuanto la persona lo considere de carácter íntimo o privado, razón por la cual, si ésta otorga su consentimiento (expreso), la intimidad desaparece, no existe y huelga por tanto cualquier tipo de protección."

³⁹El subrayado es nuestro.

y con la declaración del art.1.3 de la misma Ley, en el que se nos dice además de que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, -como se recordará-, que "la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2º de esta ley"⁴⁰.

Finalmente, en lo que respecta a la tercera hipótesis planteada, -como bienes que se han de respetar por efecto de una obligación especial-, nos estamos refiriendo a una obligación especial, más intensa que la que recae sobre el resto de la comunidad deducida del *principio neminem laedere*, nacida de un contacto social que impone una cooperación en el mismo sentido⁴¹.

Hoy en día el principio contenido en el art.1258 del CC de que el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso, y a la ley, tiene cada vez una más fuerte incidencia debido a la

⁴⁰Por lo que se refiere a la incompatibilidad, aludida en el texto, con la ley, la moral y el orden público, así como con el carácter revocable de la autorización, vid.infra Capítulo II "Causas que eliminan la ilicitud: II.1.-El consentimiento en la LO 1/1982.

⁴¹Sobre la "cooperación social", vid. BETTI, E., *Teoría General de las Obligaciones*, (traducción y notas de José Luis de los Mozos), Edit.Edersa, Madrid, 1969, Tomo I, págs.69-72, 38 y ss.

Asimismo, vid.DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Edit.Civitas, Madrid, 1993, Vol.II, págs.128-129.

imposibilidad de llevar al contrato toda relación de cooperación entre los sujetos⁴².

Es por ello por lo que, el ámbito de la responsabilidad contractual se extiende más allá del esquema del contrato, hasta comprender supuestos en los que al producirse el hecho lesivo, sólo existe entre los sujetos un contacto social y no una específica relación jurídica relevante antes del hecho dañoso.

En cualquier caso, el considerar que la lesión de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen pueda generar responsabilidad contractual, -como hemos señalado en las hipótesis II y III anteriormente analizadas-, no desvirtúa la aplicación de la LO 1/1982.

En este sentido, pensamos que el hecho de que el Tribunal Supremo considere que las intromisiones ilegítimas descritas en el art.7 no constituyen un "numerus clausus"⁴³ sino en sus

⁴²Como ha puesto de manifiesto LIPARI, N. (*Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, Edit.Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1980, págs.455 y 456.), la toma de conciencia de la imposibilidad de llevar al ámbito del contrato toda relación de cooperación entre los sujetos, ha originado que el ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual se extienda más allá del esquema del contrato, hasta comprender hipótesis en las que al producirse el hecho lesivo existe entre los sujetos sólo un contacto social.

⁴³Así lo recogen, entre muchas otras, las sentencias del T.S. de 28 de octubre de 1986, (Ar.6015), y de 7 de noviembre de 1986 (Ar.6205).

A este respecto PUIG BRUTAU, J., (*Fundamentos de Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1983, Tomo II, Vol.III, págs.231 y ss.), señala que: "El carácter general o abierto del ilícito deriva de la necesidad de que Ordenamiento Jurídico permita la reacción frente a cualquier ilícito aunque no corresponda a un tipo determinado, lo cual es expresado por W Prosser de

propias palabras "acaecimientos del fondo del principio general alterum non laedere" evidencia simplemente, a nuestro parecer, que aunque esta Ley del 82 contiene un régimen especial respecto al régimen contemplado para la responsabilidad extracontractual en el Derecho Común, no se agota aquí en esta responsabilidad, (aunque debamos admitir que fuera ésta la que principalmente tuviese in mente el legislador especial), porque la *ratio* de la mencionada Ley reflejada en la Exposición de Motivos cuando alude a "todo tipo de intromisiones ilegítimas", no supone obstáculo lógico-jurídico alguno, antes al contrario, para no incluir dentro de aquéllas las violaciones de las obligaciones nacidas *ex contractu*.

De este modo, concluimos que los criterios hermenéuticos para la determinación de las intromisiones ilegítimas a tenor del art.7, así como para la adopción de las medidas recogidas en el art.9. de la Ley del 82, son plenamente extensibles a los supuestos en que se genere responsabilidad contractual.

una forma harto elocuente: "There is no necessity that tort must have a name" (no es necesario que un acto torticero tenga un nombre conocido)."

En cualquier caso la polémica sobre si las intromisiones ilegítimas constituyen una enumeración abierta o cerrada es tratada con mayor detenimiento. En este sentido vid. *infra* II.iii.-El artículo 7 de la LO 1/1982.

2.-ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DE LA POSIBLE TITULARIDAD DE LOS DERECHOS PROTEGIDOS POR ESTA LEY POR PARTE DE LAS PERSONAS JURÍDICAS⁴⁴.

Jurídicamente es persona todo ser al que el Derecho considera como miembro de la comunidad, atribuyéndole en consecuencia aptitud para ser titular de relaciones jurídicas (capacidad jurídica). Y como quiera que esta capacidad no sólo es reconocida al hombre, sino también a determinadas organizaciones humanas, que se crean para conseguir los fines más variados, junto a aquél -persona física- existen también como personas, dichas organizaciones que, por no ser hombres, se denominan personas jurídicas⁴⁵.

Asimismo, jurídicamente es una realidad incuestionable en la actualidad el que las personas físicas por el mero hecho de su existencia son ya titulares de los denominados derechos de la personalidad, dentro de los que se encuadran el honor, la intimidad y la propia imagen. Ocurre, sin embargo, que el Derecho, como acaba de exponerse, reconoce personalidad a otras entidades distintas del hombre, razón por la cual se nos

⁴⁴En este contexto, ceñimos nuestra exposición a la LO 1/1982 por cuanto la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (LORTAD) excluye de su ámbito de aplicación a la personas jurídicas en la medida en que en su art.1 establece que "La presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos".

⁴⁵Cfr. ALBALADEJO, M., "La persona jurídica", R.D.Not., 1960, pág.7.

plantea entonces el problema de la posible titularidad por parte de las personas jurídicas de los referidos derechos.

De entrada, no es ocioso advertir que la propia institución de la persona jurídica es una cuestión altamente beligerante cuyas controversias han alcanzado no sólo a la naturaleza de la misma, sino también a su denominación⁴⁶.

La justificación de la persona jurídica ha dado lugar a la formulación de muy diversas teorías, sobre todo a lo largo del siglo XIX, las cuales pretenden averiguar si ésta es una realidad óntica preexistente y como tal reconocida por el Derecho o, una creación legal o, si por el contrario, se trata de un puro nombre.

Las teorías más sobresalientes, no sólo por su contenido sino también por la autoridad de los juristas que las formulan, son: la teoría propuesta por SAVIGNY, conocida como la teoría de la ficción, que concibe a la persona jurídica como una simple creación legal; la formulada por GIERKE, denominada teoría orgánica o concepción antropomórfica, para la cual la persona jurídica es un organismo natural al igual que el hombre, con una voluntad e intereses propios distintos del de las

⁴⁶La propia denominación persona jurídica como contraposición a persona física es objeto de numerosas críticas, no obstante éstas suelen salvarse interpretando que con tal contraposición se insinúa, aunque no bien expresado, que mientras los hombres tienen una existencia fuera del derecho, el fenómeno designado como persona jurídica existe sólo porque existe el Derecho. En este sentido, vid. BASSILE, M., y FALZEA, A.: Voz: "Persona giuridica", en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIII, Edit. Giuffrè, Milano, 1983, pág. 235.

personas físicas de sus miembros, razón por la que el Derecho no les concede propiamente personalidad sino que se la reconoce; y la teoría de FERRARA para quien la persona jurídica es meramente una traducción jurídica de un fenómeno empírico⁴⁷.

Sin embargo, puede decirse que en nuestros días tales teorías están prácticamente superadas por una nueva concepción que pone en evidencia la naturaleza esencialmente lingüística del concepto de persona jurídica, como término que resume una especial disciplina de relaciones que hacen referencia siempre a los seres humanos. Por consiguiente, persona jurídica es una imagen del lenguaje figurado, que viene justificada por el hecho de que las normas que regulan las organizaciones colectivas dan lugar a situaciones análogas (que no idénticas) a aquellas que se verifican al surgir de un sujeto de derecho⁴⁸.

En este sentido, convenimos con GALGANO en el hecho de que no se puede, como se ha pretendido en curso de los últimos cien

⁴⁷La importancia del fenómeno de la persona jurídica se evidencia en la prolija literatura jurídica surgida en torno a la misma, sobre todo de la mano de la doctrina alemana e italiana: GIERKE, SAVINGY, IHERING, FERRARA, D'ALESSANDRO, ASCARELLI, etc. Sobre los postulados concretos de cada teoría, la críticas y el surgimiento de otras posturas intermedias, vid. TRAVIESAS, M., "Las personas jurídicas", *R.D.Priv.*, 1921, págs.199 y ss.; DE COSSÍO, M., "Hacia un nuevo concepto de persona jurídica", *ADC*, 1954, págs.626-644; GALGANO, F., "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", *Riv.Dir.Civ.*, 1965, I, págs.555 y ss.; DE CASTRO, F., *La persona jurídica*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, págs.262-265

⁴⁸Vid. GALGANO, F., *Diritto Privato*, Edit.Cedam, Padova, 1992, pág.80.

años, definir qué es la persona jurídica y ello por la ausencia de un objeto que se corresponda con estas palabras, esto es, porque la función primaria de estas palabras no es aquella de designar o describir algo, sino que el lenguaje en este caso tiene una función diversa. Se trata, según el lenguaje de la filosofía analítica, de un símbolo incompleto al cual no le corresponde ente alguno; de un símbolo cuya función no es la de representar en el plano lingüístico objetos que forman parte del mundo, sino de permitir la formulación de proposiciones capaces de condensar por sí solas complicados discursos en relación a aquello a lo que hacen referencia.

La persona jurídica es, por lo tanto, una entidad relevante en la esfera jurídica verbal, mientras que en la esfera existencial sólo hay un sujeto de derecho: el hombre.

En consecuencia, dentro del determinado ámbito en el que el concepto de persona jurídica asume su propia función, no se puede por menos que apreciar el valor de este concepto, el cual ninguna paráfrasis -aun siendo compleja e ingeniosa- podría sustituir; y ello debe también contemplarse como una admirable creación original del lenguaje jurídico.

Bajo el término persona jurídica, por lo tanto, no se encuentra ningún misterioso macrohombre, ni se presenta como una pantalla que el Derecho interpone entre los miembros del grupo y un tercero que sólo excepcionalmente consiente ser

eliminada, ni tampoco aparece en la realidad del mundo jurídico -como ente que ocupa en él el mismo lugar que el hombre-, sino que se considera como un instrumento del lenguaje jurídico -insustituible también en su función semántica- útil para aglutinar una compleja disciplina normativa de relaciones entre personas físicas⁴⁹.

Ahora bien, cualquiera que sea la corriente doctrinal que se acoja resulta manifiesto que, desde un punto de vista estrictamente positivo, las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales conforme a las leyes y reglas de su constitución (art.38 CC). Por consiguiente, es cierto que las personas jurídicas tienen aptitud para ser sujetos de derechos y, correlativamente, de obligaciones.

Esta afirmación no ofrece dudas en el ámbito patrimonial, pero no ocurre lo mismo si la trasladamos a la esfera extrapatrimonial en la que tradicionalmente se sitúan los derechos de la personalidad, circunstancia ésta que justifica, a nuestro juicio, la pregunta formulada al comienzo: ¿pueden las personas jurídicas ser titulares de derechos como el honor, la intimidad o la propia imagen?.

⁴⁹Cfr. GALGANO, F., "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", op.cit, págs.565-567, y "Delle persone giuridiche", en la obra colectiva *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Edición conjunta Zanichelli y Soc.Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969, págs.22-24.

La respuesta a esta importante cuestión no es unánime. Existen autores como BELTRÁN DE HEREDIA que niegan absolutamente tal posibilidad⁵⁰; en esta misma línea O'CALLAGHAN afirma que "la persona jurídica no es sujeto de los derechos de la personalidad. Hay que hacer una salvedad: la persona jurídica como asociación, puede defender -no como titular, sujeto- los derechos de la personalidad de sus asociados, no se tratará del honor, intimidad o imagen de la asociación, sino de los asociados, que en vez de presentar cada uno una demanda, la presenta por ellos la asociación"⁵¹, vemos, no obstante, que a pesar de no reconocer la titularidad a las personas jurídicas permite igualmente reaccionar frente a tales ataques. Una opinión semejante es la manifestada por DE ANGEL quien sostiene que "en el terreno civil es necesario hacer una distinción. La persona jurídica, por un lado, puede ostentar, por vía de expresa atribución legal, derechos subjetivos semejantes a los de la personalidad en sentido estricto. Es el caso, por ejemplo, del nombre, del que pueden gozar y gozan de hecho las personas jurídicas y que puede ser objeto de protección jurídica. Por otra parte, la persona jurídica, al igual que el individuo, puede ser víctima de hechos dañosos que impliquen, para el culpable, la obligación

⁵⁰BELTRÁN DE HEREDIA, J., *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, marzo, 1976, pág.55.

⁵¹O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.162

de indemnizar. En este segundo supuesto creemos innecesario y excesivo hablar de "derechos lesionados". Más bien se tratará de "daños inflingidos". Será el caso, por citar uno, del daño al "honor" de la persona jurídica en sí misma considerada, esto es, con absoluta independencia del honor o crédito de sus miembros o componentes."⁵².

Por su parte, otros autores, como CASTÁN, la admiten sólo en relación al derecho al honor⁵³, al paso que otros como GALGANO sostienen que el hecho de que los entes colectivos reconocidos o no reconocidos como personas jurídicas sean titulares de los derechos de la personalidad es una opinión que hace ya algún tiempo se recibe como pacífica⁵⁴.

Es más, este autor, refiriéndose al derecho al honor como emblemático derecho de la personalidad, y consecuente con su propia concepción de persona jurídica, nos dirá que más allá de la metáfora no hay sino la reputación de las personas físicas que componen la organización colectiva, y cuando se dice que se ha ofendido la reputación de la asociación como persona jurídica se quiere afirmar que los miembros de la

⁵²DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Protección de la personalidad en el Derecho Privado", *R.D.Not.*, 1974, págs.108-109. Aunque desde una óptica diversa, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H. ("Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1988", *LL*, 1988, 1, pág.506) sostiene también que las personas jurídicas carecen de derechos fundamentales.

⁵³Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J., "Los derechos de la personalidad", *RGLJ*, 1952, pág.51.

⁵⁴Cfr. GALGANO. F., *Diritto Civile e Commerciale*, op.cit., vol.1º, pág.187.

asociación han sido ofendidos *uti universi* y no *uti singuli*, esto es, han sido ofendidos en su calidad de miembros de la asociación. Pero, con dicha expresión se pretende decir, sobre todo, que la reacción judicial a la ofensa se desarrollará por los miembros del grupo no *uti singuli* sino *uti universi*, como miembros de la misma y según las reglas y las normas especiales que regulan el funcionamiento interno y la representación externa del grupo.

No se trata, en realidad de tutelar el derecho al honor de un sujeto ulterior respecto a las personas de sus miembros, sino de reconocer la existencia de una forma ulterior que el derecho al honor puede asumir⁵⁵. Así, por ejemplo a la luz de esta construcción doctrinal, si una empresa constituida por los socios A y B es difamada y pretende defenderse, tendremos que el derecho al honor que se ejercita no es el de un sujeto diferente a A y B, no es, por lo tanto, el honor de AB. Tampoco se trata del honor de A por un lado y del de B por otro, el derecho al honor será el de A y B, no varía el sujeto, lo que sí varía es su contenido que queda supeditado a las reglas de la organización del grupo.

Por consiguiente, la cuestión para este autor y para quienes lo seguimos adquiere un cariz diferente, habrá que determinar no ya si la persona jurídica es titular, sino que

⁵⁵Cfr. GALGANO, F., "Delle persone giuridiche", op.cit., págs.60-61, y en *Diritto Civile e Commerciale*, op.cit, pág.187.

habrá que determinar respecto a cualquier derecho o deber cuya posible atribución a la persona jurídica se discuta, si el mismo es susceptible de asumir aquel especial contenido, esto es, de asumir la modificación respecto al contenido originario que comporta la noción de persona jurídica.

Por nuestra parte, y en línea de principio, teniendo en cuenta la versatilidad del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen consideramos que la respuesta ha de ser positiva siempre, pues no encontramos justificación para negar la protección cuando la intromisión sea *uti universi*.

Abundando en esta idea, TERCIER considera que no existe inconveniente para que la persona jurídica pueda invocar exitosamente aquellos derechos que, según su propia calificación, pertenecen a la personalidad social dentro de los cuales para este autor estarían los tres derechos objeto de nuestro estudio, frente a los derechos de la personalidad física y afectiva sólo predicables respecto de los hombres⁵⁶.

Una respuesta positiva, pero no de tan amplio alcance, se

⁵⁶TERCIER, P. (*Le nouveau droit de la personnalité*, Edit.Schultness, Zürich, 1984, pág.84) nos dirá que, "Cette reconnaissance ne vaut toutefois qu'autant que les droits qui sont invoqués <<ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme>> (art.53 CC). Pour cette raison, une personne morale ne peut faire valoir ni le droits de la personnalité physique, ni ceux de la personnalité affective. Rien ne s'oppose en revanche à ce qu'elle invoque, <<mutatis mutandi>>, les droits de la personnalité sociale: l'honneur, la vie privée, le nom".

encuentra, igualmente, en nuestra jurisprudencia aunque el razonamiento vertido en tal sentido difiere de lo declarado anteriormente, puesto que se entiende que las personas jurídicas son titulares por sí mismas -no por actuar en representación de sus miembros- de los derechos cuya naturaleza lo permita y sean necesarios para el desenvolvimiento de los fines que la creación de la persona jurídica se haya propuesto⁵⁷.

La labor hermenéutica del Tribunal Constitucional en esta materia, viene propiciada por lo que él mismo considera la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una norma que impida tal posibilidad, al menos expresamente, puesto que el art.18.1 CE establece que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y el art.1.1 de la LO 1/1982 dispone que el derecho fundamental al honor, a la intimidad y

⁵⁷Razonamiento que es compartido por numerosos autores. En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, C.J. ("La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1989", AC, 1990-3, págs.484, 486 y 487) es partidario de reconocer a la persona jurídica derechos de la personalidad o derechos fundamentales en la medida en que su propia naturaleza lo permita, en consecuencia reconoce tal posibilidad en relación al derecho al honor, pero no opina lo mismo respecto de la intimidad.

También es partidario del reconocimiento a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con su naturaleza CAMPOS PAVÓN, D., "La titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas", LL, 1996, nº4078, págs.15 y 16.

Por su parte, FERRER RIBA, J. ("Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor", RJC, 1996, nº3, págs.774-777) nos dirá que la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas no es ilimitada, se dice por ello que la atribución de los derechos fundamentales a las personas jurídicas está sujeta a la combinación de tres prevenciones o reservas: a) una reserva general derivada de la naturaleza concreta de cada derecho, b) una reserva de género o tipológica que controla la adecuación del derecho fundamental a las características del tipo de persona jurídica tal como resulta de configuración legal, y c) una reserva individual, según la cual la capacidad de derechos fundamentales debe acomodarse al ámbito dentro del cual los estatutos de la persona jurídica le permiten actuar con eficacia.

a la propia imagen, garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica. Finalmente, el art.1 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Rectificación establece que "toda persona natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio".

Ya en concreto, por lo que respecta a la interpretación realizada por la jurisprudencia es preciso resaltar que, si bien finalmente parece haberse impuesto el reconocimiento de la posible titularidad de determinados derechos por parte de las personas jurídicas, los caminos seguidos para tal consecución tanto por parte del Tribunal Supremo como por parte del Tribunal Constitucional han sido lentos y laboriosos. Mas se advierte que, mientras el Tribunal Constitucional sigue una línea continua de progresivo reconocimiento, el *iter* trazado por el Tribunal Supremo resulta, en ocasiones, vacilante y contradictorio⁵⁸.

A fin de fundamentar lo que acaba de afirmarse, consideramos adecuado plasmar a continuación el resultado de

⁵⁸La falta de una jurisprudencia homogénea y el interés del tema ha sido objeto de tratamiento específico por parte de algunos autores: FELIU REY, M.I., *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Edit.Tecnos, Madrid, 1990; SARAZÁ JIMÉNEZ, R., "El honor de las personas jurídicas", AC, junio 1996, n°23/3.

lo que podría denominarse un recorrido cronológico y selectivo por la jurisprudencia de ambos Tribunales⁵⁹.

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad, el ATC 257/1985, de 17 de abril en su fundamento jurídico 2º nos dice literalmente que "el derecho a la intimidad que reconoce el art.18.1º de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales"⁶⁰

12, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada".

Consiguientemente, en un principio, se niega la titularidad de este derecho a las personas jurídicas, sin embargo, dicha aseveración deberá ser objeto de revisión a tenor de lo dispuesto en pronunciamientos posteriores.

⁵⁹Por exceder del cometido que nos hemos propuesto y en aras a conseguir una exposición más concisa, el análisis de la jurisprudencia se refiere a los derechos garantizados en el art.18.1 CE, ahora bien ello no implica desconocer la existencia de otros derechos fundamentales cuya titularidad, según la interpretación del Tribunal Constitucional, también puede ser ostentada por las personas jurídicas, así ocurre por ejemplo con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 29/1983, 14 marzo, BOE nº87, 12 abril; 53/83, de 20 de junio, BOE nº168, 15 julio; 64/88, 12 abril, BOE nº107, 4 de mayo), o el derecho a la inviolabilidad de domicilio (STC 137/1985, de 17 de octubre, BOE nº268, 8 noviembre).

⁶⁰El subrayado es nuestro.

Por lo que respecta al derecho al honor, sin duda gran protagonista de esta polémica, debemos señalar que el ATC 106/1980, de 26 de noviembre, dictado como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por el partido político <<Fuerza Nueva>>, aun a pesar de no entrar en el fondo de la cuestión por falta de los requisitos objetivos del art.41.2 de la LOTC, el Tribunal deja abierta la posibilidad de su reconocimiento cuando afirma en su fundamento jurídico 2º que "el derecho a la propia estimación, al buen nombre o reputación en que el derecho al honor consiste puede ser patrimonio no sólo de las personas individuales sino también de las jurídicas".

Transcurrido un importante lapso de tiempo nos encontramos con el siguiente pronunciamiento relevante del Tribunal Constitucional sobre esta materia, es la STC 107/1988⁶¹, la cual teniendo como presupuesto el carácter personalista de este derecho, señala en su fundamento jurídico 2º que "en los asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un

⁶¹De 8 de junio, BOE nº152, 25 de junio. Los hechos originadores de este litigio se refieren a las expresiones divulgadas por un objetor de conciencia, demandante de amparo, amparo que, por otra parte le fue concedido, en una entrevista concedida a la revista Diario 16. Entre las expresiones proferidas por el demandante pueden destacarse, según el fundamento jurídico 1º de la Sentencia que nos ocupa, las siguientes: <<Es increíble que a mí me metan siete meses y castiguen con un mes de arresto a capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey>> y <<esto me confirma una idea que tenía arraigada: hay una gran parte de los Jueces que son incorruptible: Nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia>>..

valor referible a las personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto emplear los términos dignidad, prestigio, autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública"⁶².

La impronta de esta Sentencia en seguida se hace evidente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo pues, pocos meses después, la STS 24 de octubre de 1988⁶³ repite expresa y literalmente la argumentación antes transcrita.

Asimismo, el contenido de la STC 107/88 es nuevamente el punto de partida, en este caso, del Tribunal Constitucional en

⁶²Sobre el ámbito que abarca el concepto de honor, en el que a nuestro juicio sí se comprende la dignidad y el prestigio, vid infra II.1.B.iii) El derecho al honor.

⁶³Fundamento jurídico 5º, Ar.7635. Esta Sentencia es dictada en relación a unas declaraciones efectuadas por el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones a los diarios "ABC" y "El País" referentes a colectivo de controladores aéreos. En esta ocasión, la Sentencia aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional absuelve al Ministro que había sido condenado en virtud de la Sentencia recaída en la Audiencia Territorial.

la STC 51/1989⁶⁴, si bien abundando en tal argumentación, añade el siguiente párrafo "máxime cuando las opiniones o informaciones que pueden atentar contra tales valores se dirigen no contra una institución, clase o cuerpo como tal, sino indeterminadamente contra los individuos que pertenezcan o formen parte de los mismos en un momento dado".

Poco después, el Tribunal Supremo en la Sentencia 5 de octubre de 1989⁶⁵ reafirma la negativa de reconocer el derecho

⁶⁴De 22 de febrero, BOE n°64, 14 de marzo. En este caso el recurrente en amparo, condenado por delito de injurias graves al ejército, hacía referencia en un artículo titulado "La mujer del teniente francés y los amigos del capitán español" a la situación de aislamiento del demandante dentro de los miembros de la Academia como consecuencia de sus convicciones políticas.

Asimismo, esa doctrina es recogida por la STC 121/1989, 3 de julio, BOE n°175, 24 julio dictada en el caso "D'Artagnan al ataque" en la que se otorga el amparo al autor del artículo periodístico en el que criticaba la actuación de un Juez, un Secretario y un abogado, por el cual había sido condenado en virtud del art.570.5° del Código Penal.

⁶⁵(Ar.6889). En el caso de la segunda Sentencia el Tribunal estima el recurso interpuesto por Información y Revistas S.A. contra la Sentencia de la Audiencia Territorial que estimaba la demanda por vulneración del derecho al honor presentada por el Partido Socialista Obrero Español como consecuencia de la publicación de un artículo titulado <<PSOE: nuevas corrupciones>>. En esta ocasión además el Tribunal aprovecha para una reflexión no exenta de críticas y, es la siguiente: El presente debate pone de manifiesto la conveniencia de una más específica protección y tutela jurídica de los partidos políticos como instituciones públicas fundamentales en un Estado Social y democrático de Derecho, en cuanto que aquéllos son, sin duda, la más genuina expresión del pluralismo político, concebido y configurado en el artículo 1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, en cuyo marco los partidos políticos concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular como instrumentos fundamentales para la participación política, todo lo cual acentúa y encarece la necesidad de evitar en los debates políticos y polémicos consiguientes un lenguaje que desmerezca de la cualificada función que tanto a los miembros de los distintos partidos como a los profesionales de la prensa compete en la conveniente y enriquecedora confrontación y críticas políticas, evitando en todo caso expresiones y términos impropios de las mejores y más prestigiosas democracias parlamentarias.

Tal y como adelantamos esta reflexión no ha pasado desapercibida por algunos autores, en tal sentido convenimos con SALVADOR CODERCH, P. (*El mercado de las ideas*, Edit.Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág.223), cuando afirma que si se pretende una mayor tutela jurídica alcance sólo a los partidos políticos es dudoso que el mercado político deba privilegiarse y el mercado tradicionalmente económico (o el laboral, etc.) no: De hecho, la publicación de mentiras es oferta engañosa de mercancía deteriorada tanto en un caso como en otro.

al honor de las personas jurídicas razonando al respecto, en su fundamento jurídico 2º, que "viene siendo doctrina pacífica la que entiende que los Derechos fundamentales establecidos en el art.18.1 de la Constitución tienen un significado eminentemente personalista, en el sentido de estar referidos a la persona individual". Tal interpretación, considera que, "está avalada por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo que desarrolla el precepto constitucional indicado y regula el Derecho al Honor a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y así se deduce del empleo de la palabra persona en el artículo 2º; vida íntima de las personas en el artículo 7º.1 y 2; vida privada de una persona y familia, datos privados de las mismas o imagen de una persona, números 3, 4, y 5 del mismo precepto".

Esta argumentación, sin embargo, no nos parece relevante puesto que la utilización del término persona en el art.2.1 y el hecho de que determinados supuestos del art.7 sean referibles sólo a la persona física, como es el caso de los relativos a la intimidad personal y familiar, no conlleva, como señala BERCOVITZ la negación de la protección con relación a la persona jurídica de los otros dos derechos contenidos en la Ley y, muy especialmente el derecho al honor⁶⁶.

⁶⁶Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS de 15 de abril de 1992", CCJC, 1992, nº29, págs.518 y 519. Asimismo, SALVADOR CODERCH, P. y otros (*¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Edit.Civitas, Madrid, 1987, págs.40 y 41) afirman literalmente que "La ley española calla, pero es que no hace falta que hable para reconocer ese limitado derecho a la reputación: Basta con que lo haga con carácter general el artículo 38 del Código Civil (<<Las personas jurídicas pueden... ejercitar acciones civiles...

Pero además, el propio Tribunal completa dicha argumentación haciendo una advertencia que, a su juicio, quizá hubiera debido hacerse en pronunciamientos anteriores y es la distinción entre personas jurídicas de sustrato propiamente personalista representado por una colectividad de individuos (<<universitas personarum>>) y personas jurídicas caracterizadas por la prevalencia del sustrato patrimonial (<<universitas bonorum>>) aplicando la Sala el mismo criterio para unas y otras⁶⁷.

A propósito de esta distinción, convenimos nuevamente con BERCOVITZ en lo desafortunado de la misma, puesto que aun admitiendo la diferencia de trato entre las personas jurídicas de base personalista y las de base patrimonial, no creemos que estas últimas deban quedar excluidas de esa posibilidad de

conforme a las leyes y reglas de su constitución>>) ... Para negarlo la Ley Orgánica 1/1982 debería haberlo indicado expresamente, aunque no hubiera sido fácil justificar por qué la reputación comercial de una sociedad anónima o la honestidad y altura de miras de una fundación cultural no han de ser objeto de tutela; ello podría fácilmente permitir a cualquier aniquilar a la persona jurídica de que se trate u obstaculizar gravemente su funcionamiento y ello de manera absolutamente impune. Debe distinguirse entre difamar a una organización dotada de personalidad jurídica y hacerlo contra las personas individuales de sus órganos, empleados, socios, clientes: Únicamente cuando pueda establecerse una *conexión razonable* entre la una y los otros cabrá entender que aquélla ha sido difamada".

En contra, ESTRADA ALONSO, E. ("El derecho al honor de las personas jurídicas", *PJ*, Jornadas nacionales sobre la libertad de expresión y medios de comunicación, 1990, pág.105), puesto que considera que la omisión de las personas jurídicas en la Ley es suficientemente significativo para su negación.

⁶⁷Esta argumentación se encontraba también con anterioridad en el fundamento jurídico 1º de la STS de 9 de febrero de 1989, (Ar.822). Concretamente en esta Sentencia el Tribunal Supremo admite el recurso casando y anulando una Sentencia en la que se estimaba la pretensión de una empresa concesionaria de Ford en la que solicitaba una indemnización de daños y perjuicios por la publicación en un periódico de un artículo en el que se criticaba los servicios y reparaciones de dicha sociedad.

defender, a través de su honor, a quienes se integran en ellas para gestionar el patrimonio en cuestión y conseguir así los fines pretendidos con esa gestión⁶⁸.

Volviendo a la jurisprudencia constitucional, aproximadamente dos años después del último pronunciamiento y, siguiendo el camino de un progresivo reconocimiento, nos encontramos con la STC 214/1991, en la que se otorga el amparo contra la STS de 5 de diciembre de 1989, que no reconoció el derecho al honor cuya vulneración se alegaba por una mujer judía (Violeta Friedman), que había estado internada en el campo de exterminio de Auschwitz, lugar donde murió toda su familia, en relación a las declaraciones hechas en una Revista por un ex- miembro de las Waffen S.S. en las que, entre otros extremos, negaba la existencia de los campos de exterminio judío⁶⁹.

⁶⁸Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1992", op.cit., pág.521. En un sentido semejante se había pronunciado SALVADOR CODERCH, P. (*El mercado de las ideas*, op.cit., pág.223), poniendo en evidencia la problemática de tal planteamiento pues ¿se incluiría la asociación pero no la fundación -universitas bonorum por antonomasia- en la tutela privilegiada de la L.O.1/1982? ¿se pretende tan sólo excluir a las sociedades mercantiles? mas entonces ¿por qué razón se diferencia a algunas (pero no a todas) las personas jurídicas de finalidad económica de las que no tienen ese objeto? ¿se incluyen las cooperativas? La distinción parece relacionarse con la idea de que hay unas personas jurídicas que se vinculan más a las personalidad de quienes se integran en ellas que otras y que el dato de la base o sustrato patrimonial es lo que permite identificar estas últimas. Mas, como sigue diciendo este autor, ni queda claro cuáles son unas y otras ni, probablemente a consecuencia de ello, por qué se hace la distinción.

⁶⁹De 11 de noviembre, BOE nº301, 17 diciembre. Los hechos a los que se refiere se recogen en los antecedentes de la mencionada Sentencia y son los siguientes: La publicación en la Revista Tiempo de un reportaje titulado <<Cazadores de nazis vendrán a España para capturar a Degrelle>> en el cual se recogían las declaraciones de Leon Degrelle, ex jefe de las Waffen S.S. en relación con la actuación nazi respecto a los judíos y los campo de concentración. Concretamente se decía, entre otras cosas que: ¿Los judíos?

En este caso el Tribunal, a pesar de tomar como punto de partida las SSTC 107/1988, 51/1989 y 121/1989, a las que nos hemos referido, afirma en su fundamento jurídico 6º que la argumentación que en ellas se contiene "no debe entenderse en sentido tan radical que sólo admita la existencia de lesión del derecho al honor constitucionalmente reconocido cuando se trate de ataques dirigidos a persona o personas concretas e identificadas, pues también es posible apreciar lesión del citado derecho fundamental en aquellos supuestos en los que, aun tratándose de ataques referidos a un determinado colectivo de personas más o menos amplio, los mismos trascienden a sus miembros o componentes siempre y cuando éstos sean identificables, como individuos dentro de la colectividad. Dicho en otros términos, el significado personalista que el derecho al honor tiene en la Constitución no impone que los ataques o lesiones al citado derecho fundamental, para que tengan protección constitucional, hayan de estar perfecta y debidamente individualizados *ad personam*, pues, de ser así, ello supondría tanto como excluir radicalmente la protección del honor de la totalidad de las personas jurídicas, incluso las de substrato personalista y admitir, en todos los

Mire usted, los alemanes no se llevaron judíos belgas, sino extranjeros, yo no tuve nada que ver con eso. Y evidentemente, si hay tantos ahora, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios>>. <<El problema con los judíos -matiza Degrelle- es que quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos los inventan>>. Falta un líder; ojalá que viniera un día el hombre idóneo, aquel que podría salvar a Europa... pero no surgen hombres como el Fűrher...>>
<<Han sacado los huesos y hasta los dientes de Mengele... ¡Hasta donde llega el odio; A mi juicio, el doctor Mengele era un médico normal y dudo mucho que las Cámaras de gas existieran alguna vez, porque hace años hay una recompensa en los Estados Unidos, para aquel que aporte pruebas de las cámaras de gas. Son 50 millones de dólares y todavía no ha ido nadie a recogerlos>>.

supuestos, la legitimidad constitucional de los ataques o intromisiones en el honor de personas, individualmente consideradas, por el mero hecho de que los mismos se realicen de forma innominada, genérica o imprecisa".

En coherencia con el planteamiento anterior, esta misma Sentencia rechaza la alegación de la falta de legitimación activa de la recurrente en virtud del art.12.1 de la Ley 62/1978⁷⁰, debido a las razones que, a continuación, se exponen literalmente: "En nuestro ordenamiento constitucional la norma determinante de dicha relación o, lo que es lo mismo, de la legitimación activa no la constituye el referido precepto de la Ley 62/78 sino el art.162.1 b) de la Constitución en cuya virtud <<están legitimados para interponer recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo>>. A diferencia, pues de otros ordenamiento tales como el alemán o el propio recurso individual ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (art.25.1 a) CEDH), nuestra Ley Fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la <<víctima>> titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un <<interés legítimo>>, por lo que, a los efectos de determinar si la recurrente observa o no el

⁷⁰En concreto la pretendida falta de legitimación se articula sobre la siguiente interpretación del mencionado art.12.1 se entiende que dicho precepto atribuye legitimación a las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculte para obtener la declaración judicial pretendida, siendo así que ni se ofendió a la Sra.Friedman ni a un colectivo, etnia o raza, cuya representación oficial no puede arrogarse la recurrente y por tanto no puede admitirse la legitimación de la persona individual supuestamente perteneciente a esa raza.

requisito constitucionalmente exigido de la legitimación activa, lo único que hay que comprobar en el presente recurso de amparo es si ostenta dicho interés legítimo para solicitar el restablecimiento del derecho fundamental que se afirma vulnerado".

En este sentido, -sigue razonándose-, "este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que, si bien la citada norma constitucional no posibilita fenómeno alguno de ejercicio de la acción popular, tampoco cabe confundir dicho interés legítimo con el directo, pues a los efectos del recurso de amparo, no siempre es necesario que los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada hayan de repercutir en la esfera patrimonial del recurrente, siendo suficiente que, con respecto al derecho fundamental infringido, el demandante se encuentre en una determinada situación jurídico-material que le autorice a solicitar su tutela de este Tribunal.

Naturalmente esa situación jurídico-material, exigida por la Constitución y la LOTC [art.46.1 b)], no puede ser considerada en abstracto, sino que, como tiene declarado este Tribunal se encuentra también en función del derecho fundamental vulnerado. Tratándose, en el presente caso, de un derecho personalísimo, como es el honor, dicha legitimación activa corresponderá, en principio, al titular de dicho derecho fundamental.

Pero esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones, ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo

étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar del resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrarios a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social (arts.10.1 y 14 CE).

En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art.162.1 b) CE, la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenofobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art.1.1 CE) y que el art.20.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribe (<<toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la

discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley>>>)".

Como resulta de la argumentación transcrita, el contenido de esta Sentencia supone un paso de gigante en el camino hacia un reconocimiento que, a partir de ahí, se va a ir afianzando hasta su consolidación en la STC 139/1995⁷¹ a la que se alude seguidamente, pero no sin antes analizar de forma breve lo ocurrido en ese lapso de tiempo, años 1991-1995, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así las cosas, debemos aludir en primer lugar a la Sentencia de 15 abril de 1992⁷², la cual, mediante una interpretación a nuestro juicio forzada en exceso, reconoce el derecho al honor de la personas jurídicas aún partiendo del carácter personalista de este derecho, y lo hace en los siguientes términos: "Es cierto que el derecho al honor reconocido como fundamental en el art.18.1 de la Constitución de 1978 deriva de la dignidad humana -dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes fundamentan el orden político y la paz social, art.10.1- y consiguientemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas

⁷¹De 26 de septiembre, BOE nº246, 14 de octubre.

⁷²Fundamento jurídico 1º, (Ar.4419).

jurídicas y, en concreto, a las sociedades mercantiles, como es el caso que nos ocupa. En efecto, admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades, pues, si bien en cuanto al honor afecta a la propia estimación de la persona -carácter inmanente- sería difícil atribuirlo a la persona jurídica societaria, no ofrece grave inconveniente entender que, en su aspecto trascendente o exterior, que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, es igualmente propio de aquellas personas jurídicas que pueden gozar de una consideración pública".

Asimismo, tiene en cuenta el reconocimiento a las personas jurídicas hecho por el Tribunal Constitucional de otros derechos fundamentales como el reconocido en el art.24.1 CE en la STC de 21 de enero 1988 y afirma que "el enfrentamiento entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor en cualquiera de sus manifestaciones, comprendiendo el nivel de respeto y respetabilidad que merecen todas las personas físicas y jurídicas y las instituciones, ha de encontrar vías de solución correspondiendo a los jueces ponderar la relación entre ambos", en atención a lo cual concluye que "la Ley 5-5-1982, en cuanto regula la protección civil del derecho al honor, es aplicable a las sociedades mercantiles, aunque con la matizaciones que, en cada caso, sean necesarias por su específica naturaleza".

Este importante paso, sin embargo, es rápidamente desandado por la STS de 6 de junio de 1992⁷³ en la medida en que en la misma se considera algo aislado el contenido de la STS de 28 de abril de 1989 e ignora el cambio de jurisprudencia operado por la Sentencia de 15 de abril de 1992 a la que acabamos de referirnos. Así pues, insistiendo nuevamente en el carácter personalista del derecho al honor, retoma la argumentación del empleo del término persona en la LO 1/1982 para terminar negando el derecho al honor de la persona jurídica.

Posteriormente y, por obra de la Sentencia de 26 de marzo de 1993⁷⁴ se avanza en la línea del reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas mediante la asunción de la tesis mantenida en las Sentencias de 9 de febrero y 5 de octubre.

Por fortuna, este camino se afianza con la argumentación de la STS de 9 de diciembre de 1993⁷⁵ que aun partiendo de la de 15 de abril de 1992 matiza lo siguiente: "el aspecto exterior del derecho al honor está presente también en las personas jurídicas respecto de las cuales, por ende, ha de predicarse el cobijo de la normativa que veda el ataque al

⁷³Fundamento jurídico 6º, (Ar.5007).

⁷⁴Fundamento jurídico 2º, (Ar.2396).

⁷⁵Fundamento jurídico 1º, (Ar.9838).

mismo, en tanto en cuanto inequívocamente se constate que han sufrido una sensible agresión desde el desbordamiento de la libertad de expresión, a la dignidad que, como respeto de los demás, tiene derecho a ostentar y defender en la esfera del ámbito mercantil o civil que desenvuelvan su cometido, conclusión que se decanta -con la reserva de su consideración caso a caso que permita apreciar el sinfín de matices posibles- del lado de la protección del honor de las personas jurídicas en cuya defensa no puede olvidarse el factor añadido del carácter personalista del ente moral unas veces, el limitado grupo de componentes o estrecho círculo en que se desenvuelven su quehacer otras, circunstancias que hacen inevitable la trascendencia de las ofensa a las personas individuales que integran el ente social, así como el hecho comprobado de que las más sutiles agresiones al honor individual maduran, a la sombra de la que se lleva a cabo poniendo gravemente en entredicho la conducta del ente social del que conocidamente, forma parte la víctima elegida, actuando así sobre ésta por elevación que aporta un atractivo más a la abrasiva crítica vertida".

Finalmente, por lo que atañe a la jurisprudencia del Tribunal Supremo resta referirse a la Sentencia de 5 de abril de 1994⁷⁶ la cual, si bien es cierto que alude a la STC 107/1988 lo hace para rebatirla y, en tal sentido, afirma que

⁷⁶Fundamento jurídico 3º, (Ar.2930).

el razonamiento y la doctrina que la mencionada sentencia asume es incompatible con cualquier reparación de las personas de los socios que sean sus propietarios, directores o partes como sujetos autónomos de la persona jurídica. Además, pone de manifiesto que "la razón de hacer extensiva, aunque de forma matizada la protección de las personas jurídicas descansa, precisamente, en la proyección o repercusión que tenga sobre sus socios o componentes, coetáneos al tiempo de la agresión u ofensa"⁷⁷.

Retomando una vez más la línea trazada por el Tribunal Constitucional, la STC 139/1995⁷⁸ revalida el reconocimiento de la titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas esgrimiendo al efecto en el fundamento jurídico 4º el siguiente razonamiento "La Constitución española no contiene

⁷⁷Curiosamente, contra esta Sentencia se interpuso recurso de amparo, el cual fue denegado por la STC 183/1995 a la que nos referiremos ulteriormente en el texto.

⁷⁸De 26 de septiembre, BOE nº246, 14 octubre. Esta Sentencia trae su causa del recurso interpuesto contra la STS 9 diciembre de 1993 no concede el amparo. Tal y como se desprende de los antecedentes de la Sentencia, los hechos son los siguientes: La revista Interviú publicó un reportaje titulado <<Cesados fulminantemente altos responsables de la Guardia Civil de Tráfico por presunta corrupción. Cobran ilegalmente más de doce mil millones de pesetas>>. El reportaje denuncia la corrupción de algunos responsables de la Guardia Civil de Canarias e informa sobre una Comisión especial para investigar las corruptelas denunciadas. Asimismo se comenta un informe bajo el rótulo <<Empresas investigadas>> entre las que se nombra Lopesan Asfaltos y Construcciones S.A la cual ha dejado de pagar multas por un valor superior a los mil millones de pesetas. A continuación se dice que informes confidenciales a los que ha tenido acceso Interviú señalan que en cinco años no fue multado ni uno solo de los más de cien camiones de la empresa, y sigue diciendo que en el caso de Lopesan las cosas pueden ir pronto a la vía penal e incluso solicitarse la cárcel para sus responsables, toda vez que han estado sobornando a la Guardia Civil para transitar sin permiso y sin tarjetas, para extraer arenas de las dunas y para encubrir todas las actividades ilegales, numerosas, en sus empresas.

A su vez, la fundamentación jurídica de esta sentencia es recogida con prontitud pues se alude expresamente a ella en la STC 183/1995, de 11 diciembre, BOE nº, 12 enero 1996.

ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su art.19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas en tanto en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales"⁷⁹.

El Tribunal continua razonando que "la Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art.27 CE); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art.28.1 CE); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art.16 CE) o las asociaciones tienen reconocido el derecho a su propia existencia (art.22.4 CE).

Junto a este reconocimiento, expreso o implícito, de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, el texto fundamental delimita una peculiar esfera de protección. Nuestra Constitución configura determinados

⁷⁹El subrayado es nuestro.

derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger fines para los que han sido constituídas⁸⁰. En consecuencia, las personas colectivas, no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art.162.1 b) de la CE, sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la STC 52/1995 por la que se reconoce a la empresa <<Amaika, S.A.>>, dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamiento y opiniones, consagrado en el art.20.1 a) CE. Sin embargo, la protección que los derechos fundamentales otorga a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho

⁸⁰El subrayado es nuestro.

que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad.

Cierto es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan -como decíamos- su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de esa actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esa

función sean atribuibles, por su naturaleza a las personas jurídicas (...)".

La argumentación que acaba de reproducirse, sensible a las necesidades sociales actuales, se completa con el fundamento jurídico 5º el cual establece que "no sólo son los fines de una persona jurídica los que condicionan su titularidad de derechos fundamentales, sino también la concreta naturaleza del derecho fundamental considerado, en el sentido de que la misma permita su titularidad a una persona moral y su ejercicio por ésta".

Deliberadamente nuestro Alto Tribunal trata de ampliar y reforzar la orientación jurisprudencial iniciada por la STC 214/1991 entendiendo que la propia sistemática constitucional no puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas y ello aun a pesar de que el derecho al honor se encuentra en íntima conexión originaria con la dignidad de la persona que proclama el art.10.1 CE.

Por lo tanto, resulta evidente para el Tribunal Constitucional que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, pueda establecerse un ámbito de protección de su propia identidad.

En este sentido, no nos parece temeraria la afirmación de que la cuestión de la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas, e incluso de determinados

derechos fundamentales cuya naturaleza lo permita, ha sido resuelta por la jurisprudencia de manera positiva. Tanto es así que con relación al derecho al honor la STC 183/1995⁸¹ da por reproducidos los fundamentos jurídicos de la STC 139/1995.

Ahora bien, el supuesto de hecho de la STC 183/1995 plantea la duda de si se protege el honor en sí mismo o el derecho a la imagen como manifestación del anterior⁸² pues se trataba más que de expresiones de la publicación de la fotografía de la fachada de un establecimiento público, una discoteca, en relación con un reportaje sobre el consumo de drogas.

En este sentido, si la doctrina del Tribunal Constitucional reconoce el derecho en tanto en cuanto el mismo es preciso para asegurar el cumplimiento de aquellos fines para los que las personas jurídicas han sido constituídas por personas individuales, esto es, para garantizar sus condiciones de existencia e identidad, no vemos porqué habría de negársele respecto de otros derechos como la imagen. En fin, se puede decir que el reconocimiento de la titularidad de algunos derechos de la personalidad a las personas jurídicas es hoy una realidad inevitable.

⁸¹Vid. fundamento jurídico 2°.

⁸²Desde nuestro punto de vista la propia imagen, hoy por hoy, se trata de un derecho independiente del honor y de la intimidad sin perjuicio, claro está, de que en ocasiones sea difícil deslindarlo de ellos. Sobre la independencia y contenido del derecho a la propia imagen vid infra II.B.ii).- El derecho a la propia imagen.

Como se desprende del análisis cronológico de la jurisprudencia vertida hasta el momento los caminos paralelos del Tribunal Supremo y del Constitucional desafiando las leyes de la geometría acaban teniendo puntos de intersección, siendo sobre todo destacables los constituidos por las SSTC 139/1995 y 189/1995 en la medida en que reconocen el derecho al honor de las personas jurídicas y declaran, consiguientemente, no haber lugar a los recursos de amparo interpuestos contra las SSTS 9 de diciembre de 1993 y 5 de abril 1994, respectivamente, que también habían reconocido tal derecho.

Por último y con el ánimo de conseguir una exposición más completa, debe hacerse una matización puesto que nos hemos estado refiriendo con carácter general a las personas jurídicas sin diferenciar las de Derecho Público de las de Derecho privado.

Sin embargo, no parece concluyente para negar el reconocimiento de la titularidad de la persona jurídica pública llevado a cabo por la jurisprudencia el hecho de que tal reconocimiento se haya producido siempre en relación a personas jurídicas de Derecho privado, con la salvedad de la declaración contenida en la STC 64/1988⁸³ que, tras distinguir entre los derechos fundamentales que corresponden a todas las personas y aquellos que sólo aparecen reconocidos en favor de los

⁸³De 12 de abril, fundamento jurídico 1°.

españoles o de los ciudadanos, extiende tal posibilidad a las de Derecho público siempre que recaben para sí mismas ámbitos de libertad, de los que deben disfrutar sus miembros, o la generalidad de los ciudadanos, como puede ocurrir singularmente respecto de los derechos reconocidos en el art.20 cuando los ejercitan corporaciones de Derecho público, y por lo tanto, discrepamos de la postura que se mantiene al respecto en el voto particular de esta misma Sentencia que considera que el Estado o la Administración del Estado posee facultades y competencias pero de ningún modo derechos fundamentales⁸⁴, máxime si se tiene en cuenta, como ha puesto de relieve LASAGABASTER, que el recurso de amparo junto a su primordial defensa del derecho fundamental inculcado persigue una <<defensa objetiva de la Constitución>> (STC 1/1981, de 26 de enero)⁸⁵.

⁸⁴El voto particular es formulado por los Magistrados don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra y don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

En este voto se nos dice además que tal consideración no impide que en materia de derechos fundamentales se reconozca la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales a determinados órganos públicos, como ocurre con el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal en el art.46 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues tal forma de ejercicio se produce por vía de sustitución y se trata siempre de un ejercicio al servicio del propio interesado que puede ser nunca utilizado en contra de la voluntad de éste. El instrumento básico de los derechos fundamentales no se adecúa a la organización estatal, cualquiera que sea la forma en que se la personifique.

Asimismo, son varios los autores que se pronuncian en contra de este reconocimiento a las personas jurídicas públicas, vgr. DÍAZ LEMA, J.M., ("¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", *RAP*, 1989, n°120, págs.113 y ss.), quien toma como punto de partida la proximidad en materia de derechos fundamentales entre la Ley Fundamental de Bonn y nuestra Constitución; CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas", *REDC*, 1992, n°35, págs.76, 80 a 83.; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.Mª., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1996, págs.86 y 122.

⁸⁵En este sentido, vid. LASGABASTER, I., "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público", en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española en homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, pág.674.

II. PARÁMETROS JURÍDICOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.

Los criterios para determinar cuáles son las conductas constitutivas de intromisión ilegítima y, por lo tanto, generadoras, en principio de responsabilidad civil, pueden reconducirse, como con acierto pone de manifiesto la LO 1/1982, a: la ley, los usos sociales y el propio comportamiento del titular del derecho lesionado.

1.-LA LEY:

La ley, como principal criterio delimitador del ámbito de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, merece un tratamiento destacado, sobre todo teniendo en cuenta las garantías que conlleva el reconocimiento constitucional de los derechos objeto de nuestro estudio.

A)NORMAS CONSTITUCIONALES APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE ESTOS DERECHOS:

i)EL ARTICULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN.

En el contexto de las novedades que aportó la Constitución de 1978 a nuestro ordenamiento jurídico puede destacarse que ésta supuso por primera vez el reconocimiento constitucional de los derechos a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, que concretamente aparecen garantizados en el art.18.1: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", puesto que el derecho al honor ya se encontraba positivizado en nuestro ordenamiento jurídico preconstitucional, en el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en el Título I "Deberes y Derechos de los españoles", Capítulo I. Concretamente en su art.4 se establecía: "Los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar. Quien lo ultraje, cualquiera

que fuese su condición incurrirá en responsabilidad.", se trataba de un reconocimiento más programático que eficaz, si se hace abstracción de la protección penal y civil que tenía este derecho.

Lo anterior no es sino una de las consecuencias del creciente fenómeno de constitucionalización del derecho privado en virtud del cual no sólo la tradicional contraposición Derecho público y Derecho privado sufre una importante relativización, sino que también "el Derecho civil, no tiene, ya, su fuente suprema en el Código Civil, sino en la Constitución y en sus principios supremos, por lo tanto, no son, ya, los del Código Civil sino los constitucionales, que, consiguientemente, desde ahora, serán el punto de referencia último, para la calificación de cualquier precepto"⁸⁶.

En este contexto, el reconocimiento constitucional expreso de tales derechos confiere a su protección civil una serie de peculiaridades que nos apartan, en algunos extremos, del

⁸⁶PENA LÓPEZ, J.M^a., "La historicidad del Derecho Civil", AD, 1995, n°48, pág.8. Sobre este fenómeno, sigue diciendo este autor que "Por otra parte, por efecto de esta misma dinámica, se genera el fenómeno de la llamada descodificación del Derecho Privado, producido por la aparición de una legislación extramuros del Código Civil, nacida, básicamente, para regular las relaciones laborales y la explotación del suelo, pero que, hoy, se extiende a cualquier relación de consumo, cuyo contenido desborda amplísimamente el del Código Civil, y (lo que es más importante) cuyos principios son correctores del individualismo económico de los Códigos Civiles decimonónicos, al igual que lo son los del abuso del derecho y la buena fe, que se introyectan en el propio Código Civil, respectivamente, para corregir el uso anormal o antisocial del Derecho y (según resulta de la Exposición de Motivos de la Reforma del Título Preliminar) <<como vía de irrupción del contenido ético-social en el ordenamiento jurídico>>".

Después de todo este proceso, en suma, han variado, respecto del Derecho Civil codificado, los cuerpos legales que lo contienen, los principios inspiradores, y el Código Civil ha dejado de ser fuente suprema del Derecho Privado, constituida ahora por la Constitución. (...)"

sistema tradicional de responsabilidad civil.

En efecto, nuestra Constitución garantiza los referidos derechos de la personalidad en el Tít.I Cap.II, Sección 1ª bajo la rúbrica "*De los derechos fundamentales y libertades públicas*", pues se trata, como nos enseña TRUYOL, de derechos fundamentales que el hombre posee por el mero hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados⁸⁷.

El calificativo de fundamental presupone una serie de connotaciones⁸⁸ no sólo en su regulación, -que impone al legislador unos límites tanto de carácter material, obligación de respeto del <<contenido esencial>>, como de carácter formal, la denominada reserva de ley-, sino también en su aplicación, mediante el establecimiento de una serie de garantías especiales.

⁸⁷Cfr. TRUYOL SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Madrid 1982, pág.11.

⁸⁸Vid. BALAGUER CALLEJÓN, Mª L., "El contenido esencial del derecho de huelga", *Rev. de Dcho Político*, núm.34, 1991, pág.123.

Como señala MAYOR, P. ("Comentario del artículo 53.1 de la Constitución Española" en *Comentario a la Constitución. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág.535), se puede reconducir a dos clases de garantías: 1) formal, esto es, la que resulta de la reserva de ley para la regulación de tales derechos y libertades, y 2) material, esto es, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un contenido esencial, de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer.

Asimismo, el adjetivo fundamental implica que los bienes jurídicos que se protegen: a) son indispensables para el status jurídico del individuo, b) forman parte de un orden objetivo de valores y, c) su vulneración supone un ataque no sólo a la persona afectada, sino a todo el sistema jurídico⁸⁹.

Sin embargo, su poderosa situación en el ordenamiento jurídico no es óbice para que, en cualquier caso, pueda afirmarse que se trata de derechos <<no ilimitados>>⁹⁰, pues no es lógico suponer que ningún derecho se afirme contradictoriamente frente a otros bienes constitucionalmente protegidos, y de ahí la necesidad de admitir su carácter

⁸⁹Cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Edit. Asamblea Regional de Murcia (Servicio de Publicaciones), 1990, n°2, págs.48-49.

En realidad se trata del reconocimiento de la doble dimensión de los derechos fundamentales: dimensión objetiva y subjetiva, y así ha sido puesto de manifiesto por otros muchos autores. En este sentido vid. SCHNEIDER, H.-P., "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", *REP*, 1979, n°7, pág.13; PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Edit. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1986, págs.20-24; PRIETO SANCHÍS, L., "Comentario del artículo 53.1 de la Constitución" en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, (dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil), Edit. Edersa, Madrid, 1984, Tomo IV, pág.464 y en "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", *ADH*, 1983, n°2, pág.394.

⁹⁰Así, es muy abundante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sostiene en términos generales el carácter no ilimitado de los derechos fundamentales. Vgr. SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ7, BOE n°99, 25 de abril; 2/1982, 29 de enero, FJ5, BOE n°49, 26 de febrero; 36/1982, 16 de junio, FJ6, BOE n°169, 16 de julio; 62/82, 15 de octubre, FJ3, BOE n°276, 17 de noviembre; 110/1984, 26 de noviembre, FJ5, BOE n°305, 21 de diciembre 1984; 37/1987, 26 de marzo, FJ2, BOE n°89, 14 de abril 1987; 20/1992, 14 de febrero, FJ3 (si bien no lo dice expresamente), BOE n°66, 17 de marzo; 57/1994, 28 de febrero, FJ6, BOE n°71, 24 de marzo; 99/1994, 11 de abril, FJ5, BOE n°117, 17 de mayo; 143/94, 9 de mayo, FJ6, BOE n°140, 13 de junio; 170/1994, 7 de junio, FJ2, BOE n°163, 9 de julio.

Por otro lado, no está en contradicción con la vigencia del principio de interpretación más favorable de los derechos fundamentales recogido en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional, siendo ejemplo de ello las SSTC 1/1989, 16 de enero, FJ3, BOE n°43, 20 de febrero y 32/1989, 13 de febrero, FJ2, BOE n°52, 2 de marzo.

limitable⁹¹.

Antes de proceder a la delimitación de la concreta responsabilidad derivada de la protección prevista en la LO 1/1982, de 5 de mayo, consideramos de obligado cumplimiento detenerse en las dos cuestiones ya apuntadas, a nuestro juicio, de suma importancia: 1) la necesidad de respetar el contenido esencial y 2) el alcance de la reserva de ley.

Para el tratamiento de ambas cuestiones, las cuales contribuyen a la mejor configuración de los derechos objeto de nuestro estudio, la Constitución se nos presenta como el punto de referencia primero y último. Primero, en cuanto supone su primigenio reconocimiento y, último, por cuanto el desarrollo pormenorizado de estos derechos y su específica instrumentalización ha de respetar el espíritu que, a los mismos, quiso darles el constituyente.

ii).-LÍMITES CONSTITUCIONALES PARA EL DESARROLLO DE ESTOS

⁹¹Cfr. DE OTTO, I., MARTÍN RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Edit.Civitas, Madrid, 1988, págs.125-126. Asimismo, en la pág.108, nos dirán que partiendo de la STC 11/81, manifiesta que "los derechos fundamentales no están sometidos únicamente a los límites que de manera expresa les impongan las normas constitucionales sino también a los que resulten justificados por la necesidad de protección de los derechos y bienes a que se alude, es decir, están sujetos a una limitación genérica establecida de modo tácito en todo derecho

Con la misma opinión, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. ("Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales" *REP*, 1991, n°71, pág.97) sostiene que la existencia de límites a los derechos fundamentales deriva fundamentalmente de tres causas: La primera sería el carácter universal o general de los derechos fundamentales cuyo disfrute simultáneo es imposible sin la ordenación, de indudable alcance restrictivo de su ejercicio. La segunda sería la necesaria coexistencia de los mismos entre sí o con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Y, la tercera se derivaría, en ocasiones, del propio tenor explícito de la Constitución.

DERECHOS: EL RESPETO DE SU CONTENIDO ESENCIAL

La exigencia del deber de respeto del contenido esencial resulta expresamente del apartado primero del art.53 CE "los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)"⁹².

Este precepto constitucional tiene como precedente indubitado el art.19.2° de la Ley Fundamental de Bonn que prescribe que "en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia"⁹³.

No obstante, la conciencia de tal precedente no debe llevar a la extrapolación sin más de la dogmática alemana surgida en torno al mencionado precepto, siendo preciso proceder, como ha destacado PRIETO SANCHIS, a una

⁹²En este precepto se está haciendo referencia al Capítulo 2° del Título I que abarca los artículos 14 a 38, consideramos necesario hacer tal aclaración por cuanto en lo relativo a la necesidad de desarrollo por ley orgánica, que veremos más adelante, se refiere solamente a los derechos reconocidos en la sección 1ª del mencionado capítulo, esto es, los artículos 15 a 29.

⁹³Como ha puesto de relieve PAREJO ALFONSO, L. ("El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981", REDC, 1981, n°3, vol.1 pág.170), tanto en el caso alemán como en el español, el contenido esencial presenta dos aspectos: 1) negativo de prohibición o limitación al legislador ordinario, y 2) positivo de afirmación de dichos derechos de una sustancia inmediatamente constitucional.

interpretación del art.53 CE autónoma, no fiduciaria de la doctrina alemana, que atienda al orden constitucional español y a la noción de Derecho avalada por el mismo⁹⁴, debido a varios motivos.

En primer lugar, porque el párrafo 1º del art.19 de la Ley Fundamental de Bonn no se corresponde exactamente con la realidad jurídica de nuestro ordenamiento al establecer que cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental indicando el derecho correspondiente, mientras que nuestra Constitución, a diferencia de lo que ocurre en la alemana, relaciona expresamente la reserva de ley con la prohibición de afección del contenido esencial.

En segundo lugar, el art.53 de la Constitución homogeniza el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales, pues prescribe para todos ellos la reserva de ley, en cambio el art.19 reconoce dos categorías de derechos fundamentales, los que están sometidos expresamente a una reserva de

⁹⁴Cfr. PRIETO SANCHÍS, L., "Comentario al artículo 53.1 de la Constitución", op.cit., págs.465-466 y "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", op.cit., pág.395.

limitación legal y los que no lo están⁹⁵.

En cualquier caso, y sea cual fuere el legado alemán, la determinación del alcance de la cláusula del <<contenido esencial>> se nos aparece como pieza clave para una correcta interpretación de nuestra Carta Fundamental, que permita, a su vez, determinar ya en un plano concreto cuándo y en qué medida una conducta vulnera los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen por incidir precisamente en la esencia de su contenido⁹⁶.

La génesis de la inserción de este tipo de cláusulas en las constituciones deriva, a nuestro juicio, de la necesidad de preservar incólume una parte del contenido de los derechos fundamentales, concretamente aquélla que da cuerpo al orden de

⁹⁵PAREJO ALFONSO, L. ("El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", op.cit., pág.178) literalmente afirma que la doctrina alemana distingue "entre preceptos que, al reconocer un derecho fundamental, remiten al legislador ordinario la delimitación positiva del contenido del derecho y los que no lo hacen, por contener meramente una reserva de Ley, a los efectos de circunscribir a estos últimos el ámbito de aplicación de la garantía del contenido esencial".

Igualmente BACIGALUPO, M. ("La aplicación de la doctrina de los <<límites inmanentes>> a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la Sentencia del Tribunal Administrativo alemán de 18 de octubre de 1990)", REDC, 1993, n°38, págs.299 a 304), señala que: La LFB conoce dos categorías básicas de derechos fundamentales: de un lado aquellos sometidos expresamente a una reserva (o habilitación) de limitación legal, y de otro, aquellos que no lo están. Los primeros se diferencian de los segundos por contener una cláusula adicional al enunciado del derecho garantizado, según la cual éste <<sólo podrá ser limitado por Ley o con apoyo en la misma>>. Esta cláusula es comúnmente denominada <<reserva de ley>> (Gesetzesvorbehalt) o de modo acaso más preciso <<reserva (o habilitación) de limitación legal>> (gesetzlicher Einschränkungsvorbehalt o Einschränkungsermächtigung).

⁹⁶Aunque en un principio pudiera parecer sorprendente que nos refiramos a conductas y no a leyes, al analizar el significado de la cláusula del contenido esencial, ello se explica si tenemos en cuenta que, en definitiva, nos estaremos refiriendo a una ley en la medida en que ésta será la que permita proceder a la calificación de la conducta.

valores objetivos que se desprenden del texto constitucional en su conjunto, habida cuenta de la existencia de un ámbito de libertad reconocido al legislador, -reflejo de la distintas opciones políticas posibles en un sistema democrático de pluralismo político-, que permite, en términos de gran amplitud, la configuración concreta de cada derecho⁹⁷.

Partiendo de las premisas anteriores el eje de la cuestión se encuentra en la determinación de lo que en nuestro ordenamiento se entiende por contenido esencial.

En este sentido, ya tempranamente tuvo que pronunciarse el Tribunal Constitucional en la famosa Sentencia 11/81⁹⁸, la

⁹⁷Este es un dato importante, pues precisamente la labor del legislador fue la que convirtió las declaraciones de derechos contenidas en la Constitución de Weimar y en el Fuero de los Españoles, en declaraciones meramente programáticas, carentes de efectividad real en la práctica que como sabemos son los antecedentes próximos de la Ley Fundamental de Bonn y de la Constitución española de 1978 respectivamente.

⁹⁸De 8 de abril, BOE n°99, 25 de abril de 1981, dictada con ocasión de un recurso interpuesto frente a determinados preceptos del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo, por su posible vulneración del art.28 de la Constitución que reconoce el derecho de huelga.

Se trata, como hemos avanzado en el texto de una sentencia de capital importancia. Su contenido es comentado, entre otros, por: BALAGUER CALLEJÓN, M^a L., "El contenido esencial del derecho de huelga", op.cit., págs.129 y ss.; PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", ob.cit., todo el artículo gira, como su propio título indica, alrededor de dicha sentencia; DE OTTO, I., y MARTÍN RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, op.cit., págs.107-109 y 133-139; ROMERO MORENO, J.M., "La aplicación normativa directa de la Constitución española", LL, 1983, vol.2, pág.1277; CARRASCO PERERA, A., "El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", REDC, 1984, n°4, págs.55-56; BACIGALUPO, M., "La aplicación de la doctrina de los <<límites inmanentes>> a los derechos sometidos a reserva de limitación legal", op.cit., pág.313, GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág.37.; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", op.cit., pág.102 y "Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit., pág.50; Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992, Vol.I pág.429.

cual desde su pronunciamiento constituye un punto de referencia clave tanto para los autores preocupados por esta materia, como para posteriores pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal.

En lo que aquí interesa, la citada Sentencia en su fundamento jurídico 8º señala la existencia de dos caminos para aproximarse a la idea del contenido esencial de un derecho.

El primero de ellos atiende a la naturaleza jurídica del derecho subjetivo, en tal sentido llama la atención sobre la necesidad de "establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta que permita a los especialistas en Derecho determinar

Asimismo la doctrina sentada por la STC 11/81 se recoge en otros pronunciamientos, sirvan como por ejemplo los siguientes: La STC 62/1983, 11 de julio, BOE nº189, agosto 1983, dictada con relación al art.24 CE en el caso del aceite de colza desnaturalizado es su FJ 3º señala que el exigencia de fianza no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho, siempre que su cuantía en relación a los medios de quienes pretender ejercitarlo, no impida u obstaculice su ejercicio. La STC 13/1984, 3 de febrero, BOE nº 42, 28 de febrero, FJ 3º, en este caso el origen del litigio fue la falta de cotización de 1 día que originó la pérdida del subsidio de desempleo. La STC 37/1987, 26 de marzo, FJ 2º, pronunciamiento sobre la posible vulneración del contenido esencial del art.33 y del principio de reserva de ley, en relación con la Ley 8/1984 de 3 de julio de Reforma Agraria aprobada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La STC 196/1987, 11 de diciembre, BOE nº7, 8 de enero 1988, FJ 5º, en una supuesta vulneración del derecho de asistencia al detenido (art.17.3º CE), la recoge literalmente.

si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo" y a continuación señala que el contenido esencial de un derecho subjetivo está constituido por "aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales".

El segundo camino trata de "buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos", para ello habla de la esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que "es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho es sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

Estas dos vías, dogmática y de jurisprudencia de intereses, -entiende el propio Tribunal Constitucional-, no son alternativas, ni antitéticas, antes al contrario, se consideran

como complementarias, de tal modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizadas para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse.

En cualquier caso, al margen de cuáles sean los caminos que posibiliten la indagación de lo que deba entenderse por contenido esencial, parece claro que se trata de un concepto jurídico indeterminado⁹⁹ adaptable a las necesidades de cada momento y, consiguientemente, capaz de sufrir una adaptación evolutiva en el tiempo¹⁰⁰, de tal modo que la delimitación del contenido esencial parece apuntar a un criterio histórico-espacial, el aquí y ahora, sobre el que se formulan posiciones de transitoria vigencia, la casuística del caso concreto¹⁰¹.

Por nuestra parte, consideramos que el contenido esencial es, ante todo, una garantía constitucional de carácter material que opera como **límite** en relación a todos los derechos fundamentales y cuya finalidad no es otra que la de lograr su

⁹⁹Vid. PRIETO SANCHÍS, L., "Comentario del art.53.1 de la Constitución española", op.cit., pág.464 y "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución", op.cit., pág.397.

¹⁰⁰Vid. PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", op.cit., pág.188.

¹⁰¹BALAGUER CALLEJÓN, M^a L. ("El contenido esencial del derecho de huelga", op.cit., pág.128) concretamente señala que el contenido esencial gira en torno a las siguientes consideraciones: "a) No es un criterio atemporal, la misma idea de contenido esencial puede parecer diferente en un momento histórico y en otros (...); b) Es un criterio casuístico, en cuanto que no se define ni se delimita más que en cada caso concreto; y c) Es un criterio relacional, puesto que el contenido esencial atiende a la ponderación de los derechos (...)"

robustecimiento¹⁰²; aunque paradójicamente pueda producirse el efecto contrario, como sucede cuando se identifica contenido esencial con contenido mínimo.

Además, actúa como límite **genérico** y por lo tanto precisa ser diferenciado de otros límites igualmente constitucionales.

La Constitución española prevé dos tipos de límites, unos expresados en el propio texto así, por ejemplo, el art.20.4º establece que las libertades que en él se reconocen tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I, en los preceptos de las leyes que los desarrollen, muy especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia¹⁰³, así como en otros límites que, como con acierto apunta PAREJO ALFONSO son el fruto de la concreción del juego

¹⁰²En tal sentido PRIETO SANCHÍS, L. ("Comentario del art.53.1 de la Constitución española", op.cit., pág.464 y "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", op.cit., pág.394), afirma que la cláusula del contenido esencial establecida en el art.53.1 "pretende reforzar la garantía de los derechos fundamentales, haciendo más rigurosa la vinculación del legislador a la Constitución cuando su actividad tiene por objeto el desarrollo del Capítulo II del Título I".

¹⁰³El propio Tribunal Constitucional recoge el límite de la moral en relación con el ejercicio de la libertad de expresión (art.20.4º), como consecuencia precisamente de la necesidad de protección de juventud y de la infancia, vgr. STC 62/82 de 15 de octubre, cuyo fundamento jurídico 3º señala que: "El principio de interpretación de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art.10.2 de la Constitución), nos lleva así a la conclusión de que el concepto de moral puede ser utilizado por el legislador como límite de las libertades y derechos reconocidos en el art.20 de la Constitución (...) Como hemos visto anteriormente, a partir del art.20.4º de la Constitución, y del 10.2º del Convenio de Roma, el legislador puede fijar restricciones o límites del derecho, entre otras finalidades, para la protección de la moral, dentro de la cual se comprende muy señaladamente - hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia".

de límites en que, en definitiva, consiste el Derecho¹⁰⁴.

Hemos afirmado que se trata de un límite, pero esta afirmación es insuficiente, en tanto en cuanto no permite saber qué virtualidad tiene. Por lo tanto, la determinación del carácter absoluto o relativo predicable de tal límite, no es una cuestión que pueda eludirse y ha suscitado numerosas discusiones en el seno de la doctrina, originariamente en Alemania y con posterioridad en aquellos otros países que, como España y Portugal, incorporaron a sus textos constitucionales un precepto semejante.

Tradicionalmente los distintos argumentos se han polarizado en la formulación de dos teorías¹⁰⁵: absoluta y relativa.

Los defensores de lo que se ha denominado teoría absoluta consideran que el contenido esencial del derecho es un núcleo duro, un *Kern* o *Wesenkern*, resistente a la acción limitativa

¹⁰⁴Cfr. PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional", op.cit., pág.182.

Asimismo, la existencia de una diversidad de límites es reconocida por el Tribunal Constitucional en múltiples ocasiones vgr. STC 11/1981, 8 de abril, FJ 7º "La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos". Este pronunciamiento lo podemos encontrar en otras sentencias posteriores, como por ejemplo: SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5, STC 57/1994, de 28 febrero, FJ 6.

¹⁰⁵De la existencia de estas dos teorías se hacen eco todos los autores que han estudiado con detalle la virtualidad de la cláusula del contenido esencial.

del legislador. Consiguientemente, estaremos ante un concepto absoluto y abstracto, delimitable con independencia de la colisión de los intereses presentes en cada caso concreto; produciéndose, en definitiva, una "abstracción del concepto"¹⁰⁶.

En esta línea SOLOZÁBAL, al referirse a los límites del legislador orgánico, afirma que hay un núcleo duro, un espacio indeclinable, absolutamente indisponible para el legislador: un contenido especial, sin cuyo respeto el derecho queda irreconocible, dogmáticamente en el universo intelectual jurídico; incapaz de cumplir la función encomendada al mismo en el tráfico jurídico¹⁰⁷.

Una peculiar y gráfica explicación de lo que debe

¹⁰⁶STEIN, E., *Derecho Político*, Edit. Aguilar, 1973 (edición original 1971), pág. 247.

Aun dentro de los defensores de lo que se ha llamado teoría absoluta es preciso destacar que existen discrepancias y ello debido, fundamentalmente, a que no está claro si para determinar el concepto de contenido esencial ha de partirse de la norma subjetiva o de la norma objetiva. Como ha señalado STEIN, E. (*Derecho político*, op.cit., págs. 248-249), los partidarios de obtenerlo de la norma objetiva, parten de una consideración global del problema de tal forma que un derecho fundamental podría dejar de aplicarse para un particular en concreto sin que ello afectase necesariamente a su contenido esencial, con tal de que siguiese vigente para la mayoría. Por su parte los partidarios de obtenerlo de la norma subjetiva toman como punto de partida el derecho fundamental como derecho subjetivo, y examinan la gravedad en relación con el individuo afectado, puesto que es él y no la comunidad jurídica el sujeto del derecho.

Se trata, a nuestro entender de dos formas distintas de entender los derechos fundamentales. Así mientras los primeros atenderían sólo a su carácter institucional, los segundos se ceñirían a su dimensión subjetiva. En ambos casos el error estaría en desconocer la doble vertiente de los derechos fundamentales, reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como ya hemos tenido ocasión de señalar.

¹⁰⁷Cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit., pág. 50.

entenderse por contenido esencial es la que expone DE OTTO, la cual ha sido conocida por la doctrina como la "teoría de los círculos concéntricos", puesto que, tomando como premisa la existencia de un núcleo duro, dibuja dentro de éste un círculo concéntrico cuya circunferencia es la frontera que el legislador no puede traspasar en ningún caso, ni siquiera cuando el límite pudiera venir justificado por la protección de otro derecho o bien de rango constitucional¹⁰⁸.

En esta dirección parece discurrir la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre todo en el primer camino propuesto para la determinación del contenido esencial, cuando alude a la "recognoscibilidad" del derecho en abstracto.

Con un planteamiento radicalmente diverso, los defensores de la llamada teoría relativa, parten de que el contenido esencial, y por tanto intangible, de un derecho fundamental sólo puede conocerse sopesando, en cada caso concreto, los valores e intereses que en él concurren.

¹⁰⁸DE OTTO, I., MARTIN RETORTILLO L., *Derechos fundamentales y Constitución*, op.cit., págs.131-132.

La opinión de DE OTTO es compartida por otros muchos autores: BALAGUER CALLEJÓN, M^a L. (*El derecho fundamental al honor*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992, págs.142-153), quien precisamente respecto del derecho al honor afirma que: "El contenido esencial del derecho al honor llega hasta donde empieza la libertad de expresión. Por decirlo de otra forma, los contenidos esenciales de ambos derechos están formados por círculos concéntricos que son los que de alguna forma delimitan los propios contenidos esenciales" (pág.142); FREIXES SANJUAN, M^a T., *Constitución y Derechos Fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, Edit.PPU, Barcelona, 1992, pág.71; GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, op.cit., pág.37-38.

Consiguientemente, el contenido esencial es identificado con la necesidad de justificación del límite y para ello se toma como parámetro el bien que se trate de proteger; en otras palabras, será preciso poner en relación la constitucionalidad del límite con el bien cuya protección se busca.

Por lo tanto, la necesidad ineludible de respetar el contenido esencial apunta a la exigencia de llevar a cabo lo que CARRASCO denomina <<juicio de razonabilidad>>¹⁰⁹, que no es otra cosa que un juicio de constitucionalidad; pudiendo afirmarse, en términos generales, que para la justicia constitucional <<esencial>> no es este o aquel aspecto del Derecho, sino lo que razonablemente puede considerarse decisivo en el ámbito de protección del mismo, una vez determinados los valores constitucionales en juego¹¹⁰, y en consecuencia se estará ante un uso *discursivo* de dicho contenido¹¹¹, que se traduce en un elemento argumentativo en blanco que puede actuar tanto positiva como negativamente, teniendo, en cualquier caso, un papel relevante.

a) Negativamente se entiende que, si el contenido esencial

¹⁰⁹CARRASCO PERERA, A., "El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", op.cit., págs.42 y 48.

¹¹⁰Ibidem, págs.80-81.

¹¹¹Sobre el uso discursivo, CARRASCO PERERA, A., ("El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", op.cit., págs.85 y ss.) afirma que dicho uso se produce cuando el Tribunal Constitucional tiene una precomprensión de la decisión final sobre el supuesto planteado, la idea de contenido esencial puede jugar como un argumento que motive la decisión sin que por lo demás desempeñe una función de influencia decisiva sobre el fallo.

es un límite intangible, no será inconstitucional una medida de los poderes públicos siempre que no afecte a la zona de los derechos fundamentales asegurada por el contenido esencial, puesto que la configuración legal de los mismos resulta plenamente legítima en ese ámbito.

b) Positivamente si el contenido esencial es la zona donde no puede entrar la configuración legal de un derecho fundamental, una ley o un acto será inconstitucional en la medida que haya violado ese contenido esencial¹¹².

Con un punto de partida diverso, BACIGALUPO llega a conclusiones, en cierto modo, parecidas, en el sentido de afirmar el desbancamiento del contenido esencial, concebido como *núcleo duro*, en este caso, en favor del principio de proporcionalidad¹¹³.

¹¹²Para CARRASCO PERERA, A. ("El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", op.cit., págs.85-87), tanto la utilización negativa como la positiva resultan explicables desde el punto de vista de la razonabilidad.

La utilización negativa si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional se ve obligado, en ocasiones, a reducir el ámbito de protección a niveles mínimos donde no sea ya posible la discusión. Lo indiscutible es lo esencial, y esta calificación deviene como resultado de un sentido común que aspira a ser compartido. Lo indiscutible es lo elemental, aquello sobre lo que, por fin, un amplio auditorio tiene que estar necesariamente de acuerdo.

De la misma forma, el uso positivo también cumple un papel relevante, sobre todo "cuando al más elemental sentido crítico se ofrece una medida gubernativa o judicial o legal cuyo contenido sea manifiestamente contrario a un principio constitucional, muchas veces la motivación que un juicio desfavorable sólo podría conseguirse por una definición, aquí y ahora, del contenido esencial; como la mayor parte de las veces esa definición no es posible, ocurre que <<para el caso>> se da como <<ya definido>> lo que constituía cuestión, mediante el ya conocido recurso a lo <<evidente>> y <<lo obvio>>: es obvio que esta medida viola el contenido esencial".

¹¹³Cfr. BACIGALUPO, M., "La aplicación de la doctrina de los <<límites inmanentes>> a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal", op.cit., págs.301-302. Concretamente en esta última página señala que

Sostiene este autor que, sin perjuicio de la importancia que sin duda conserva como último límite de los límites, como *Rubicón* absolutamente infranqueable, tal garantía ha perdido buena parte de su operatividad y virtualidad en favor del principio de proporcionalidad, puesto que éste actúa *ex ante*, de tal forma que, generalmente, una ley que que previamente ha superado la prueba de la proporcionalidad, no invade el *contenido nuclear* (*Kerngehalt*) o *núcleo duro* (*harter Kern*) del derecho fundamental por ella limitado¹¹⁴.

A todas estas construcciones, tanto la relativa como la absoluta, se les podría reprochar el peligro de reducir la protección sólo al contenido mínimo, convirtiendo, en definitiva, el contenido esencial en sinónimo de contenido mínimo, cuando lo óptimo, o a lo que habría que tender, sería

"parece llegado el momento de revisar la creencia, propia todavía del constituyente de la LFB, y, por cierto, también del constituyente español de 1978, de que la garantía del contenido esencial se constituiría como la <<reina>> entre los diversos <<límites de los límites>>. Por el contrario, hoy en día es difícilmente rebatible el hecho de que, a la par del vertiginoso desarrollo dogmático que ha venido experimentando el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia y doctrina constitucionales europeas, no sólo alemanas, la garantía del contenido esencial ha quedado paulatinamente reducida allí donde se la reconoce a un mero filtro *subsidiario y accesorio* del principio de proporcionalidad, por muy necesaria que, ciertamente, sea tal función". Concretamente respecto del principio de proporcionalidad afirma que se trata de un límite de reconocimiento jurisprudencial deducido, en un primer momento del principio de Estado de Derecho consagrado en el art.20.3 de la Ley Fundamental alemana, y posteriormente de <<la propia esencia de los derechos fundamentales>>. El mencionado principio implica una triple exigencia: 1) idoneidad o adecuación, 2) necesidad de la limitación para lograr el fin que se persigue, para lo cual no debe existir un medio menos gravoso para conseguir tal fin y, 3) proporcionalidad, en sentido estricto, entre el derecho limitado y el bien jurídico o valor que se pretende salvaguardar mediante tal limitación, que conlleva una ponderación de bienes e intereses en la que, en todo caso, deberá tenerse en cuenta la alta significación de los derechos fundamentales en un Estado de Derecho.

¹¹⁴Ibidem, págs.303 y ss.

a la identificación de contenido esencial con satisfacción plena del derecho.

En este sentido DE OTTO admite, ya en su formulación, la existencia de tal peligro, y en previsión del mismo señala que ese efecto se palía si se concibe tal garantía no como el único límite de los límites, sino como un límite que opera en *yuxtaposición* con el que consiste en la exigencia de que la limitación del derecho esté justificada: una limitación del derecho fundamental sólo es constitucionalmente admisible si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho¹¹⁵.

A nuestro entender, el principal fallo de la teoría absoluta no está en la potencial reducción de la protección, sino que radica, como ha puesto de relieve BALAGUER CALLEJÓN, en un planteamiento erróneo de la cuestión del contenido esencial, puesto que se aborda el problema como si los derechos fueran algo susceptible de cuantificación, tratando de buscar una fórmula que permita deducir la cuota exacta y mínima llamada a ser protegida, como si de un asunto de matemáticas se tratase¹¹⁶.

¹¹⁵DE OTTO, I., MARTIN RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, op.cit., pág.132.

¹¹⁶BALAGUER CALLEJÓN, M^a L., "El contenido esencial del derecho de huelga", op.cit. pág.124. Concretamente afirma que se trata el tema "como si en realidad los derechos fueran algo mensurable en sí mismos, susceptibles de un *quantum*, sobre los que el <<contenido esencial>> constituye el núcleo ontológico mínimo, inatacable por el legislador", cuando "por el contrario, lo que la experiencia demuestra, incluidas las propias resoluciones

Asimismo, dentro de la teoría relativa CARRASCO reconoce la mencionada posibilidad de reducir a mínimos la protección si se atiende a exclusivamente a lo que él denomina "utilización negativa"¹¹⁷; no obstante, considera que dicha eventualidad se desvanece si se concibe el contenido esencial como el medio de dar entrada a las diversas opciones que presenta el ejercicio de un derecho y no como vía de entrada a soluciones limitadoras. Por ello, en esa progresión hacia la satisfacción plena, nos recuerda que el margen de lo razonable va desde lo mínimo hasta lo óptimo, literalmente afirma que "si debe evitarse una identificación entre el juicio de razonabilidad y el juicio de optimación, debe igualmente evitarse un nivel mínimo para el límite de la razonabilidad. Si este límite coincide con el de <<lo elemental>>, lo no justiciable, es decir, aquello sobre lo que siempre se ha de dar una decisión favorable por parte del TC, puede resultar amplísimo, y por consiguiente pueden quedar legitimadas limitaciones al derecho fundamental que lleguen incluso a desconocer la virtualidad misma de este derecho. Pero ésta es una labor que queda siempre a la prudencia del TC"¹¹⁸.

judiciales, es que se trata de conceptos mutables al socaire de ciertas conceptuaciones previas, y desde luego no determinables, de una vez por todas, ni en el tiempo, ni en el espacio. Lo más razonable es que el contenido esencial de los derechos fundamentales se vaya ampliando conforme lo haga, a su vez, el desarrollo progresivo de la CE".

¹¹⁷ Así lo ha puesto de relieve CARRASCO PERERA, A., "El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", op.cit., pág.87.

Asimismo, la preocupación por esa tendencia a interpretaciones restrictivas aparece plasmada en un trabajo de ROMERO MORENO, J.M., "La aplicación normativa directa de la Constitución española", op.cit., págs.1270-1272.

¹¹⁸ Ibidem, págs.85 *in fine* y 86.

Desde nuestro punto de vista, la teoría relativa es la que responde más satisfactoriamente a la realidad de nuestro ordenamiento jurídico; prueba de ello es que no se pretende dar un concepto genérico de contenido esencial de la categoría <<derechos fundamentales>>, ni siquiera determinar un contenido esencial *a priori* de cada derecho en concreto, tarea que entendemos, sería no sólo imposible, sino también, en cierto modo, estéril máxime en relación a derechos que, como el honor, la intimidad y la propia imagen, cuentan, ni más ni menos, entre los linderos de su contenido con la propia conducta y las demás circunstancias personales del titular del derecho, (por ejemplo la relevancia de ser o no un personaje de proyección pública).

En consecuencia, consideramos que la obligación de respeto del contenido esencial expresada en el art.53.1 CE, tiene un carácter meramente declarativo, y no constitutivo, de tal suerte que viene a ser una especie de recordatorio para el legislador¹¹⁹. Es más, en ordenamientos jurídicos de nuestro entorno la falta de un precepto semejante no ha impedido el respeto del contenido esencial, a este respecto señala PACE que dicha ausencia en la Constitución italiana de 1947 implica que "el legislador ordinario no está autorizado a distinguir lo que

¹¹⁹Cfr. PACE, A., "El legislador de los derechos fundamentales", en la obra colectiva *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, págs.76-77,

es esencial de lo que no lo es en el contenido de un derecho constitucionalmente reconocido, lo que es mucho más importante a propósito de estos derechos (los derecho de libertad) cuyo <<contenido>> se identifica con el <<ejercicio>> de los mismos (agere licere), de modo que la disciplina redundante en la disciplina del contenido, y los límites al ejercicio acaban por sustanciarse como límites al contenido".

El contenido esencial concebido como interdicción de la arbitrariedad, necesidad de justificación, o <<juicio de razonabilidad>>, desplaza al art.53.1 CE de tal modo que la clave reside, a nuestro juicio, en el art.9.3° CE el cual garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En este sentido, lo importante no es ya éste o aquél contenido de un derecho, sino la axiomática necesidad de justificar cualquier limitación de los derechos, atendiendo, claro está, al orden de principios que resultan del texto constitucional.

Esta afirmación puede ser reconvendida si de ella se concluye que interpretamos el contenido esencial como límite que vincula a la justicia constitucional, olvidando que en nuestro ordenamiento la obligación de respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales está prevista en relación a la labor legislativa. Sin embargo, dicha censura desaparece si tenemos en cuenta que cuando el Tribunal Constitucional, legítimo intérprete de la Constitución, habla

en términos de "ponderación de las circunstancias concretas" o "razonabilidad"¹²⁰, lo hace a expensas o bajo la cobertura de una ley que así lo permite, puesto que, como nos recuerda la STC 76/1995¹²¹ la potestad jurisdiccional comprende, entre otras tareas, la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto y la subsunción en ella de los hechos objeto de enjuiciamiento.

En otras palabras, en la actualidad, los términos de las normas que desarrollan los derechos fundamentales permiten deducir un concepto de contenido esencial en el sentido indicado.

Asimismo, CARRASCO afirma que el contenido esencial ha abandonado el límite para el que estaba pensado, que era la libertad de configuración de un derecho fundamental por una ley de carácter formal y es un criterio de medición de la razonabilidad de cualquier medida, legal o no legal, limitadora de un derecho (así aparece utilizado en las sentencias de 21

¹²⁰En este sentido vgr. SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 99/1994, de 11 de abril.

De forma más clara, la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto es una constante de las sentencias pronunciadas con ocasión de los conflictos entre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y las libertades de expresión y de información, vgr.: SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ6, BOE n°193, 13 de agosto; 107/1988, de 8 de junio, FJ2; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ4, BOE n°287, 30 de noviembre; 65/1991, de 22 de marzo, FJ4, BOE n°98, 24 de abril; 20/1992, de 14 de febrero, FJ2; 219/1992, de 3 de diciembre, FJ2, BOE n°303, 23 de diciembre; 57/1994, de 28 de febrero, FJ6; 297/1994, de 14 de noviembre, FJ7, BJC n°164, diciembre 1994; STC 6/1995, de 10 de enero, FJ7, BOE n°36, 11 de febrero; 173/1995, de 21 de noviembre, BOE n°310, 28 de diciembre.

¹²¹De 22 de mayo, FJ4, BOE n°147, 21 de junio.

y 26 de julio de 1983 para recursos de amparo contra resoluciones judiciales)¹²².

Un ejemplo de ello lo encontramos precisamente en la Ley objeto de nuestro estudio, la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

Como demostración de lo que acabamos de afirmar, basta tener presente lo dispuesto en los arts.7 y 8 de la mencionada Ley. Del tenor literal del art.7, que recoge un elenco de conductas constitutivas de intromisiones ilegítimas, se infiere la imposibilidad de delimitar a priori un concepto de contenido esencial de estos derechos. La propia técnica de enumeración de conductas refleja la claudicación del legislador de fijar un concepto, siendo precisamente esa dilación del momento de fijación de los límites uno de los postulados que se manejan por los defensores de la teoría relativa.

Igualmente, el art.8 al establecer taxativamente qué circunstancias eliminan la ilicitud de la conducta se aparta considerablemente de la idea de contenido esencial propuesta por los seguidores de la teoría absoluta. Aunque en un principio podría pensarse que la ley está aludiendo a aquello que, no perteneciendo a ese núcleo duro del derecho, se engloba

¹²²CARRASCO PERERA, A., "El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", op.cit., pág.90.

en el círculo más amplio, en puridad consideramos que se trata de supuestos en los que se permite un vaciamiento del contenido instrínseco de los derechos en cuestión, en el sentido de impedir el ejercicio del haz de facultades inherentes a los mismos cuando se den las circunstancias de hecho que permitan subsumirlo en los supuestos que en el mencionado precepto se contemplan.

En esta línea SANTAMARÍA PASTOR, refiriéndose al derecho a la intimidad, afirma que "la ley puede autorizar cualquier intromisión en este derecho siempre que se den <<imperativos de interés público>>; o, lo que es lo mismo, cualquier ley, simplemente con que lo exija el interés público, concepto no precisamente exacto, puede autorizar cualquier tipo de intromisión en el derecho a la intimidad, llegando por lo tanto a afectar su núcleo esencial. En consecuencia, el art.53.1 de la CE no parece que tenga eficacia alguna en este campo"¹²³.

Vemos, por lo tanto, como la afirmación de DE OTTO de que existe un círculo concéntrico cuya esfera no puede traspasar el legislador bajo ningún concepto aún cuando el límite pudiera venir justificado por la protección de otros bienes o derechos constitucionales, resulta desvirtuada por el tenor literal del propio artículo 8.

¹²³SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", REDC, 1985, n°15, pág.170.

En definitiva, tomando en consideración los términos en que se configuran los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en la LO 1/1982 y el modo en que se ha venido tratando la cuestión por el Tribunal Constitucional, consideramos, en el presente, que nuestro ordenamiento jurídico responde a una concepción del contenido esencial próxima a los postulados de lo que se conoce como "teoría relativa".

En este entendimiento, suscribimos lo afirmado por HÄBERLE respecto del art.19.2 de la Ley Fundamental alemana, por considerarlo extrapolable respecto del art.53.1 CE. Este autor considera que el mencionado precepto tiene un significado retórico, en el sentido de que no protege nada que no estuviera ya garantizado a partir de una visión global de los derechos fundamentales en el marco de la Constitución y de su propia estructura, "tratándose simplemente de una referencia abreviada, de un indicador para llamar la atención, de una advertencia a efectos de una serie de principios ya vigentes como la interdicción de la desproporción, exceso o desmesura"¹²⁴. Si bien, de forma oportuna advierte que "potencialmente debe la idea de contenido esencial -escrita o no- permanecer en la retaguardia del Estado constitucional: para supuestos límites en que aparezcan nuevos peligros para lo esencial de los derechos fundamentales; en que se atente

¹²⁴HÄBERLE, P., "El legislador de los derechos fundamentales", en *La garantía de constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, (director de la edición Antonio López Pina), Edit.Civitas, Madrid, 1991, págs.122-123.

contra la cultura de los derechos fundamentales o cuando se corra el riesgo de perder planteamientos arduamente elaborados por la dogmática o la retórica jurídico-fundamental de la jurisprudencia constitucional. Es llegado el momento de desempolvar la cláusula del contenido esencial como freno y barrera contra una conducta de los poderes públicos vulneradora o atentadora de los derechos fundamentales"¹²⁵.

iii).-CAUCE CONSTITUCIONAL PARA EL DESARROLLO DE ESTOS DERECHOS: LA RESERVA DE LEY.

La Constitución de 1978 rompe con el concepto unitario de ley anclado en la tradición jurídica española¹²⁶, mediante la incorporación a nuestro ordenamiento de una nueva categoría:

¹²⁵Ibidem, pág.123.

¹²⁶En este sentido BALAGUER CALLEJÓN, F. ("Notas sobre la estructura constitucional del Estado Español", RDP, n°32, pág.206) afirma que "El concepto unitario de ley tenía sentido cuando estaba vigente la concepción del legislador como soberano, del poder legislativo no sometido a límites, de la identificación entre voluntad soberana del pueblo y la del Parlamento. Desde esa perspectiva, es lógico que todas las leyes puedan reconducirse a un único concepto, pues la voluntad de la mayoría en el Parlamento es única. No ocurre lo mismo en una Constitución como la nuestra, ya que uno de sus principios inspiradores consiste en el establecimiento de límites en función de la mayor o menor voluntad de protección a determinadas materias, lleva, entre otras consecuencias, a la ruptura de concepto de ley, en cuanto forma única y homogénea de producción normativa en el Parlamento".

Asimismo, QUADRA-SALCEDO, T. ("La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas", REDA, enero-marzo 1980, n°24, pág.37) sostiene que: "Nuestra Constitución da Carta de Naturaleza a una variada tipología de leyes que rompen el esquema lineal y unidimensional a que estábamos acostumbrados y con el que veníamos operando hasta la fecha; destacan entre estos nuevos tipos de leyes por su novedad, las leyes orgánicas junto con las normas legislativas de las Comunidades Autónomas".

No obstante algún autor, como por ejemplo DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op.cit., pág.111, considera que no se produce tal quiebra por entender que las aludidas diferencias son solamente formales, esto es, de procedimiento.

las leyes orgánicas.

El art.81 CE señala que: "1.-Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2.-La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá la mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto".

Esta nueva figura, ensalzada por unos y denostada por otros¹²⁷, se configura sobre la base de la necesaria

¹²⁷Por nuestra parte, creemos que es un acierto la inclusión de esta nueva categoría de leyes, pues entendemos que se trata de una garantía esencial en el marco de un Estado de Derecho el que la regulación de los ámbitos de libertad de los ciudadanos exija un alto nivel de consenso y dependa, exclusivamente, de la voluntad de sus representantes legítimamente elegidos.

En el mismo sentido, HÁBERLE, P. ("El legislador de los derechos fundamentales", op.cit., págs.117-118) entiende que "La Constitución española de 1978 ha hallado en su concepción de las leyes orgánicas referidas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art.81.1) una profunda verdad, que bien pudiera valer a otros Estados como modelo. El legislador desarrolla, hace efectivos los derechos fundamentales en diversas formas y grados de intensidad procesualmente, el Legislador los hace realidad -como reza certeramente la cláusula de efectividad del art.9.2-: <<promover las condiciones para que la libertad y la igualdad... sean reales y efectivas>>, <<remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud>>. Bien puede tan sólo un cierto número de leyes ser expresamente orgánicas; pero otras muchas lo son por la propia naturaleza de las cosas. El concepto y la imagen de la ley orgánica son precisamente tan afortunados, porque hacen plástica la conexión interna entre ley y derecho fundamental, las necesidades organizativas de la libertad. ¡En sentido profundo, <<sólo la ley puede darnos la libertad>>!".

Asimismo, PEMÁN GAVÍN, J. ("Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho", en *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor E. García de Enterría)*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, pág.140) afirma que "El reproche que cabe hacer al constituyente en este punto no es tanto la propia existencia de la ley orgánica -que no creo pueda tacharse en sí misma de incoherente o carente de sentido- sino mas bien de excesiva amplitud de los supuestos en los que se exige y, especialmente, la escasa fortuna habida a la hora de delimitar su ámbito material...En todo caso, y con independencia de los juicios que el tema suscite, el hecho cierto

conurrencia de dos condiciones¹²⁸: una de carácter sustantivo, esto es, la existencia de un determinado ámbito

es que la figura de la ley orgánica se encuentra ya hoy plenamente asentada en nuestro Derecho -no parece, desde luego, que sea ésta una opción revisable dentro de un horizonte temporal inmediato- y la misma viene a constituir hoy un dato caracterizante de nuestro sistema de fuentes del Derecho y también en alguna medida de nuestro propio sistema político".

Un juicio de sentido contrario es el manifestado por GARRORENA MORALES, A. ("Acerca de las leyes orgánicas y de su espurea naturaleza jurídica", *REP* (Nueva Época), enero-febrero 1980, n°13, págs. 171 y 195-198), puesto que considera que esta nueva categoría ha venido a sembrar la confusión por carecer de una naturaleza y entidad específica, tratándose de un nuevo e injustificado peldaño jurídico. A esta conclusión después de comprobar que las leyes orgánicas no superan el test al que son sometidas, que no es otra cosa que los requisitos que debe cumplir una norma para que su existencia esté justificada: a) que provenga de un sujeto diferenciado, b) su función normativa debe tener la suficiente "enjundia" como para constituirse con entidad propia entre las demás funciones del Estado, c) que exista un procedimiento de producción jurídica específico, peculiar de dicho escalón y d) debe darse una correlación entre ese escalón normativo y una paralela instancia jurisdiccional encargada de garantizar su efectividad frente a normas situadas en peldaños inferiores.

Comparten esta opinión DE OTTO y PARDO, I. (*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op.cit., pág.115), y afirman que "La introducción de las leyes orgánicas, desconocidas en nuestra historia constitucional, e infrecuentes en el derecho comparado, ha sido objeto de una dura y muy justificada crítica. Aparte de sus dificultades técnicas se han criticado tanto las razones que impulsaron su incorporación al texto constitucional como la distorsión del sistema que producen. Posiblemente la ley orgánica se introdujo para aplazar la solución a múltiples cuestiones sujetándolas, sin embargo, a la necesidad de que en ellas se produjera un acuerdo casi tan amplio como el que fue preciso para aprobar la Constitución. Con ello vino a producirse un fenómeno de retención del poder constituyente, fenómeno éste que le merece un juicio igualmente negativo.

En un sentido semejante, vid. SOSA WAGNER, F., "Aproximación al tema de las leyes orgánicas", en la obra colectiva *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Edit.Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, págs.1983-1985.

Asimismo, PÉREZ ROYO, J. (*Las fuentes del Derecho*, Edit.Tecnos, 4ª Edición, Madrid, 1993, pág.60) se muestra bastante partidario de lo que afirma Garrorena en tanto en cuanto afirma la falta de coherencia de la institución en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, más adelante, pág.86, señala que "La Ley Orgánica, pues, a pesar de la polémica de la institución y de que la experiencia constitucional es todavía breve, está ya relativamente bien perfilada dentro de nuestro sistema de fuentes, tanto por lo que hace referencia a las materias que le están reservadas como en lo atinente a la función que cumple en nuestro sistema democrático y a la posición que ocupa en relación con las demás fuentes del derecho y en especial con la ley ordinaria".

¹²⁸Esta doble consideración es comúnmente aceptada. Vid. LASAGABASTER HERRARTE, I., "Sobre las leyes orgánicas", *RVAP*, n°17, 1987, pág.67; LINDE PANIAGUA, E., "Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico: a propósito del artículo 28,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *RAP*, n°91, pág.112; PEMÁN GAVÍN, J., "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho", en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor E. García de Enterría)*, op.cit., págs.142-145.

material (art.81.1) y la otra de carácter formal, es decir, la previsión de un específico procedimiento para su aprobación, y en su caso modificación, que radica en la exigencia de una mayoría cualificada¹²⁹.

Teniendo presente que los derechos objeto de nuestro estudio, honor, intimidad e imagen, pertenecen a la categoría de los derechos fundamentales, limitaremos nuestro estudio al análisis de los problemas que suscita la reserva de ley orgánica en esta materia, para, ulteriormente, poder pronunciarnos sobre la concreta pertinencia y oportunidad de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de estos derechos y la LO 5/1992 de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal.

Desde este planteamiento, y para una adecuada comprensión de la materia, es necesario partir de una exégesis sistemática de la Constitución.

Gráficamente, y con una visión un tanto Kelseniana, esta tarea podría asemejarse a la construcción de una pirámide, en cuya base y vértice situamos respectivamente el art.53.1 CE y las leyes orgánicas 1/1982 y 5/1992, culminación del mandato constitucional en esta materia.

¹²⁹De esta forma, el hecho de que una Ley se apruebe por mayoría absoluta, o el que recaiga sobre materias reservadas, al margen de cuáles sean sus consecuencias, no confiere, por sí solo, el carácter orgánico.

El punto de partida, a nuestro juicio está, como ya hemos indicado, en el art.53.1 el cual hace un llamamiento a la Ley como instrumento idóneo para regular "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título" (Título I), es decir, los derechos reconocidos en los arts.14 a 38 de la Constitución.

Consiguientemente, en un primer momento, puede afirmarse que *los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen (art.18.1) deberán ser regulados por ley.*

Ahora bien, dada la diversidad de leyes, debemos precisar a qué ley se está haciendo referencia, y para ello es imprescindible dar un paso más, el cual nos conduce indefectiblemente al art.81.1 CE a tenor del cual, son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Tenemos, por lo tanto, que la ley que desarrolle los derechos fundamentales ha de ser orgánica pero ¿a qué específicos derechos se refiere el constituyente con esa expresión? y ¿qué debemos entender por "desarrollo"?.

La primera cuestión ha sido objeto de las más variadas respuestas, que van desde una interpretación extensísima, que lleva a comprender todos los derechos del Título I, hasta una interpretación restrictiva que reduce el ámbito de aplicación

de las leyes orgánicas exclusivamente a los derechos que se reconocen en los artículos 15 a 29¹³⁰.

Un ejemplo de interpretación extensiva lo encontramos en la postura mantenida por LINDE PANIAGUA, para quien la dicción literal del art.81.1 alude a todos los derechos y libertades que se recogen en el Título I de la Constitución, o lo que es lo mismo, a los arts.10 a 55¹³¹.

A esa misma dirección apunta el voto particular del magistrado RUBIO LLORENTE en la STC 26/1987¹³² puesto que considera que una interpretación restrictiva de los derechos a los que alude el art.81.1 CE es absolutamente incompatible con nuestra Constitución que también sustrae a la libre

¹³⁰La mayoría de los autores son partidarios de una u otra interpretación, no obstate el espíritu crítico de algunos entiendo que ninguna de las opciones le parece óptima. Así, por ejemplo, GARCÍA MACHO, R. (*Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Edit.Ariel, Barcelona, 1988, pág.120) sostiene que ambas tesis plantean inconvenientes cuyo origen radica en la "desvirtualización que del concepto de ley produce la categoría de ley orgánica y las dificultades jurídico-técnicas que conlleva la diferenciación entre las dos categorías de leyes".

¹³¹LINDE PANIAGUA, E., "Ley y Reglamento en la Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución española*, Edit.UNED, vol.I, Madrid, 1978, págs.278-280. Esta postura es matizada posteriormente matiza en su obra *Leyes orgánicas*, Madrid, 1980, págs.90-91.

De la misma opinión participa VILLACORTA MANCEBO, L. ("Aspectos de la reserva de Ley en el sistema constitucional español", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Edit.Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho, 1993, Tomo I, págs.549-550 y *Reserva de ley y Constitución*, Edit.Dykinson, Madrid, 1994, pág.97), quien afirma que es "jurídica y prácticamente más adecuado entender que la reserva de desarrollo del artículo 81.1 de la CE, ha de concebirse referida de modo inequívoco a todos los supuestos en los que sea preciso concretar directamente el régimen general de los derecho contenidos en el Capítulo II del Título I, e incluso cabe decir que todos los derechos contenidos en el Título I".

¹³²De 27 de febrero, BOE nº71, 24 de marzo 1987. Al voto particular del magistrado Rubio Llorente se adhirió el magistrado Díaz-Eimil.

disponibilidad del legislador (art.53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2ª del Capítulo Segundo que son también, por eso mismo, derechos fundamentales¹³³.

Dicha opinión es compartida, asimismo, por PÉREZ LUÑO en tanto en cuanto considera que la falta de especificación del constituyente en el art.81.1 debe ser interpretada como una alusión genérica a todos los derechos y libertades del Título I, ya que, de otro modo, entiende que los demás derechos quedarían relegados a la condición de accesorios o subsidiarios. La argumentación esgrimida para llegar a tal conclusión parte, por un lado, de la necesidad de aplicación del principio general del sistema de los derechos fundamentales en el constitucionalismo comparado de inspiración democrática, esto es, el principio *favor libertatis*, puesto que entiende que la falta de concreción supone incertidumbre en el estatuto jurídico de los derechos fundamentales, a tenor del cual, en el caso que aquí se contempla debería inducir a reservar el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales al instrumento de positivación de mayor rango: la ley orgánica¹³⁴. Asimismo, teniendo en cuenta la peculiar función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático que, en cuanto expresiones del acuerdo básico de

¹³³Vid. RUBIO LLORENTE, F., "El principio de legalidad", REDC, 1993, nº1993, pág.38.

¹³⁴Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, op.cit., págs.72 y 73.

las fuerzas políticas y sociales, constituyen un sistema objetivo de valores, considera que negar a parte de los derechos fundamentales la garantía que supone el art.81.1 en una democracia como la española, que todavía no está consolidada, puede poner en peligro el valor paradigmático de los derechos fundamentales para un funcionamiento estable y democrático del poder, al quedar supeditados a los vaivenes de las mayorías parlamentarias. No obstante, reconoce que estos inconvenientes no quedarían disipados con la extensión de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de todos los derechos fundamentales del Título I, pero al menos la exigencia de la mayoría cualificada (mayoría absoluta del congreso) que exige el art.81.2 para la aprobación de las leyes orgánicas reforzaría el *status* y la significación fundamentadora de nuestro sistema de derechos y libertades en su conjunto¹³⁵.

Por nuestra parte, entendemos que no existe tal peligro por el hecho de afirmar que la reserva de ley orgánica no abarca todos los derechos del Título I y que, por lo tanto, no gozan en su totalidad de la protección cualificada que brinda el art.81.1 CE, toda vez que, en un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución tal afirmación no es sinónimo en absoluto de desprotección, antes al contrario, debe considerarse garantía suficiente la reserva de ley prevista en el art.53.1 CE, que sí comprende, en efecto, todas libertades

¹³⁵Ibidem, pág.73.

y derechos fundamentales

Asimismo, es partidario de una interpretación extensiva, pero de menor magnitud, CRUZ VILLALÓN que considera que los derechos fundamentales no se agotan en la sección 1ª del Título I, sino que incluyen los reconocidos en la sección 2ª, por lo que habrán de ser desarrollados mediante ley orgánica los comprendidos en los arts.14 a 38¹³⁶. A una conclusión semejante llega DíEZ-PICAZO, después de lo que él denomina una "lectura literal" y "multidireccional" de la Constitución¹³⁷.

Esta interpretación, como ya puede inferirse, conduce a una equiparación de las materias reservadas a la ley orgánica con las materias objeto de recurso de amparo, la cual ha sido, tempranamente, rechazada por el Tribunal Constitucional¹³⁸.

Por su parte GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, consideran que lo más adecuado es proceder a una interpretación restrictiva, de tal modo que, la expresión "derechos

¹³⁶Cfr. CRUZ VILLALÓN, P., "El legislador de los derechos fundamentales" en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia* (obra colectiva dirigida por López Pina, A.), Edit.Civitas, Madrid, 1991, pág.128. No obstante, esta postura ha sido modificada con posterioridad como se desprende de lo que afirma en: CRUZ VILLALÓN, P., Voz: "Derechos fundamentales", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Edit.Civitas, Madrid, 1995, Vol.II, pág.2399.

¹³⁷Vid. DíEZ-PICAZO, L., "La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, págs. 293-294.

¹³⁸En este sentido, vid. el fundamento jurídico 2º de la STC 76/1983, de 5 de agosto, BOE nº197, 18 de agosto, dictada con ocasión de la impugnación del Proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (L.O.A.P.A.).

fundamentales y libertades públicas" del art.81.1 comprendería la sección 1ª del Capítulo II, del Título I, a lo que entienden que habría que añadir, por su propia naturaleza, la objeción de conciencia, consiguientemente, abarcaría los derechos y libertades recogidos en los arts.15 a 30¹³⁹.

Finalmente, otro sector doctrinal, de entre los que podemos destacar a DE OTTO y PÉREZ ROYO¹⁴⁰, participa en gran medida de las consideraciones anteriores, si bien exceptúa el derecho a la objeción de conciencia, con lo que la reserva de ley orgánica resulta limitada a los derechos y libertades que se reconocen en los arts. 15 a 29, interpretación que coincide

¹³⁹Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E, FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Edit.Civitas, Madrid, 1988, Tomo I, pág.155.

¹⁴⁰PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, op.cit., pág.70. A su vez, participan de esta opinión, FRIGAL FERNÁNDEZ-VILLAVEDE, L., *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1981, págs.122 y 126; GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs.33 a 35; GARRORENA MORALES, A., "La naturaleza espurea de las leyes orgánicas.", op.cit.; GARRIDO FALLA, F., "Comentario del art.81 de la Constitución española", en la obra colectiva dirigida por este mismo autor *Comentarios a la Constitución*, Edit.Civitas, Madrid, 1980; LASAGABASTER HERRARTE, I., "Sobre las leyes orgánicas", op.cit., pág.68; PEMÁN GAVÍN, J., "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho", ob.cit., pág.155 (en concreto, este autor afirma que "ciertamente hay un aspecto del tema que hoy no resulta dudoso: la estricta limitación de los <<derechos fundamentales y libertades públicas>> en el sentido del art.81.1 CE a los derechos que se incluyen en la sección 1ª del Capítulo II del Título I"); PRIETO SANCHÍS, L., "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978", *RFDUC*, n°62, pág.132; QUADRA-SALCEDO, T., "La ley en la Constitución: leyes orgánicas", op.cit., pág.46; BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992, vol.II, pág.69; RUÍZ MIGUEL, C., "La configuración constitucional del derecho a la intimidad", Edit.Tecnos, Madrid, 1995, pág.272; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "En torno a las leyes orgánicas: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero", *RAP*, n°104, 1984, pág.337; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *REP*, n°71, enero-marzo 1991, pág.104. SÁNCHEZ FERRIZ, R., "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y libertades", *RDP*, n°36, 1992, pág.242; PREDIERI, A., "El sistema de las fuentes del Derecho", en la obra colectiva *La Constitución española de 1978. Estudio Sistemático dirigido por los profs.Alberto Predieri y E. García de Enterría*, Edit.Civitas, Madrid, 1984, pág.213.

con la del Tribunal Constitucional.

A nuestro juicio, la postura denominada restrictiva es la que más se adecúa a una interpretación lógico-sistemática de nuestra Constitución, siendo varios los motivos que así lo demuestran.

De un lado, la fórmula contenida en el art.81.1 se corresponde exactamente con la rúbrica de la sección 1ª del capítulo II "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*", de tal manera que si el legislador constituyente hubiese querido referirse a todos los derechos y libertades, entendemos que, lo habría manifestado expresamente, como así lo ha hecho en otras ocasiones, bástenos recordar a título meramente ilustrativo los siguientes ejemplos: a) el art.86.1 al determinar el ámbito material de los Decretos-leyes, excluye de manera inequívoca los derechos y libertades del Título I y, b) el propio art.53.1 alude específicamente al capítulo II del Título I.

Es más, con respecto a este último artículo, el 53.1, es preciso señalar también que, de otro modo ¿cómo podría explicarse sino que en ese mismo artículo se refiera simplemente a la ley y no a la ley orgánica?. Sería absurdo interpretar la reserva de ley como reserva de ley orgánica porque ello significaría la eliminación del legislador ordinario y su suplantación por el legislador extraordinario,

cuando es evidente que la Constitución ha querido la coexistencia de los dos.

Al mismo tiempo, parece que el ánimo del legislador ha sido el de ir reduciendo el ámbito de las leyes orgánicas tal y como se desprende de los trabajos parlamentarios preparatorios del art.73 del Anteproyecto de Constitución, origen del actual art.81.1. Lo cual, por otra parte, se comprende si tenemos en cuenta que, de no ser así se produciría una rigidez excesiva del ordenamiento jurídico¹⁴¹.

Precisamente, en este sentido, la STC 76/1983¹⁴² nos advierte que la actual expresión contenida en el art.81.1 es el resultado de la transformación experimentada por el texto constitucional a lo largo del debate parlamentario, desde su redacción inicial -<<desarrollo de los Títulos I y II de la Constitución>>- hasta la final aprobada por la comisión mixta Congreso-Senado y que pone de manifiesto la preocupación del

¹⁴¹El actual art.81.1 CE se corresponde con el art.73 del Anteproyecto de Constitución, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de 5 de enero de 1978, cuyo texto era el siguiente: 1.-Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los Títulos I y II de la Constitución, a la organización de las instituciones centrales del Estado, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general. 2.Las leyes orgánicas deberán ser aprobadas, modificadas o derogadas por mayoría absoluta del Congreso". Sin embargo en posteriores trabajos dicho ámbito se redujo a partir de la Ponencia que se constituyó en el Congreso de los Diputados aceptó las enmiendas formuladas por el grupo socialista de Cataluña (registrada con el número 279 y por el grupo socialista del Congreso (registrada con el nº404), que abogaban por la reducción del ámbito operativo de la ley orgánica a las libertades públicas, y ello entre otras razones porque se vaciaría de contenido a las leyes ordinarias. En este sentido debemos destacar la sustitución de "desarrollo de los Títulos I y II de la Constitución" por la fórmula "desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas", y la supresión de la alusión a las instituciones centrales del Estado.

¹⁴²De 5 de agosto, FJ2,a), BOE nº197, 18 de agosto 1987.

legislador constituyente de precisar qué materias dentro del Título I habrían de quedar sujetas a reserva de ley orgánica, concluyendo en esa misma Sentencia que existe una exclusión expresa del art.14 en el art.81.1 de la Constitución.

De otro lado, y desde una perspectiva política, la interpretación restrictiva se nos presenta, igualmente, como la más adecuada. Si en un sistema como el nuestro, en el que el Gobierno es el reflejo de una mayoría parlamentaria, se regulasen mediante ley orgánica materias no reservadas a esta específica forma de legislar, se perjudicaría a las mayorías que se constituyeran en un futuro, entorpeciendo injustificadamente la posterior labor del ejecutivo, puesto que no es condición de Gobierno legítimo el que éste ostente la mayoría absoluta de los miembros del Parlamento¹⁴³.

El propio Tribunal Constitucional aglutina parte de los argumentos esgrimidos anteriormente cuando afirma que llevada a su extremo la concepción formal de la Ley orgánica se podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente en detrimento del carácter

¹⁴³Cfr. LINDE PANIAGUA, E., "Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico", op.cit., pág.112.

En el mismo sentido, JIMÉNEZ CAMPO, J. (Voz: "Ley orgánica", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Edit.Civitas, Madrid, 1995, Vol.III, pág.4009) señala que la expansión ilimitada de las leyes orgánicas "redundaría en menoscabo de la reversibilidad, por mayoría simple, de las determinaciones legislativas ajenas a la reserva de ley orgánica pero protegidas por su rigidez específica".

democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas¹⁴⁴. Y esto es sólo una cara de la moneda, pues el mismo efecto petrificador podría predicarse de la concepción material llevada a sus últimas consecuencias.

En definitiva, la necesidad de interpretación restrictiva de los derechos y libertades a que se refiere el art.81.1 de la Constitución ha sido una constante en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia. Recientemente, el fundamento jurídico 2º de la STC 224/1993¹⁴⁵ lo expresaba en los términos que siguen: "dada la configuración excepcional de las leyes orgánicas por el constituyente y la necesidad de su expresa previsión constitucional, la determinación de las materias que le han sido reservadas no pueden ser objeto de interpretación extensiva, al tiempo que por lo mismo, el contenido preciso de esas materias deber recibir una

¹⁴⁴Cfr. STC 5/1981, 13 de febrero, BOE nº47, 24 de febrero, Motivo cuarto FJ 21.A), dictada en relación a varios preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares.

¹⁴⁵STC 224/1993 de 1 de julio, BOE nº183, 2 de agosto 1993 dictada en relación a una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía respecto de la Disposición derogatoria de la Ley 7/1989, de Bases de Procedimiento Laboral.

Vid., en sentido semejante, el fundamento jurídico 2º de la STC 160/1987, de 27 de octubre, BOE nº271, de 12 de noviembre, cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitoria y la STC 142/1993, 22 de abril, BOE nº127, de 28 de mayo, FJ2º, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 2/1991, reguladora de los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación.

interpretación restrictiva".

Así pues, sobre la base de esa hipotética pirámide a la que aludíamos al principio y en la que situamos la primera consecuencia, se asentaría la siguiente conclusión: los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art.18.1 CE) han de ser objeto de desarrollo por ley (art.53.1 CE) orgánica (art.81.1 CE). Afirmación ésta, por lo demás, que nos lleva a reflexionar sobre la segunda cuestión antes apuntada, esto es, qué debe entenderse por "desarrollo".

A tal efecto, consideramos que dicho término ha de ser, asimismo, objeto de una interpretación restrictiva, como hemos adelantado al transcribir parte de la fundamentación jurídica de la STC 224/1993, ya que a nadie se le escapa la imposibilidad de concebir una norma que no tenga conexión, al menos remota, con un derecho fundamental¹⁴⁶, y de extremarse su interpretación, no sólo se convertiría a las Cortes en <<constituyente permanente>>, con los importantes problemas de consenso que ello conlleva, sino que se convertiría el ordenamiento jurídico interno en una mayoría de leyes orgánicas.

Con acierto QUADRA-SALCEDO sostiene que sería un error

¹⁴⁶Vid. STC 6/1982 de 22 de febrero, BOE nº69, 22 de marzo, FJ 6º, dictada con relación al Real-Decreto 480/1981 de 6 de marzo, sobre <<funcionamiento en el País Vasco y Cataluña de la Alta Inspección del Estado en materia de enseñanza no Universitaria>>.

suponer que el concepto de desarrollo significa reservar a la ley orgánica toda la regulación vinculada a una determinada materia, ya que ésta debe terminar una vez que se haya definido el equilibrio entre los intereses públicos y privados que concurren en los derechos fundamentales de tal modo que, una vez que se haya alcanzado el equilibrio entre los distintos derechos e intereses, puede decirse que el Derecho fundamental de que se trate ha quedado perfectamente desarrollado en su plano sustantivo¹⁴⁷.

Igualmente, DE OTTO afirma que "la propia Constitución ofrece un criterio sistemático para averiguar qué haya de entenderse por desarrollo, pues en el art.53.1 establece que corresponde a la ley -y aquí se trata de ley ordinaria- regular el ejercicio de los derechos comprendidos en el Cap.II del Tít.I, es decir, también de los derechos y libertades cuyo desarrollo está sometido a reserva de ley orgánica. Es claro, por tanto, que el <<desarrollo>> es cosa distinta de esa <<regulación del ejercicio>> y que no cabe atribuir a la ley orgánica todo lo que <<afecte>> al derecho, ni siquiera todo lo que se pueda considerar regulación de su ejercicio, sino algo menos"¹⁴⁸.

¹⁴⁷Cfr. QUADRA-SALCEDO, T., "La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas", op.cit., pág.149 y PRIETO SANCHÍS, L., "Leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución de 1978", op.cit., págs.134-135. En un sentido semejante, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, op.cit., págs.156-157.

¹⁴⁸DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op.cit., pág.117.

Asimismo, vid. AROZAMENA, J., "Jurisprudencia Constitucional", en la

Por consiguiente, el alcance del significado del término <<desarrollo>> debe circunscribirse al contenido indispensable para conseguir una aplicación correcta y una efectividad plena de los mandatos constitucionales, para que, en definitiva, la Constitución no quede en una mera declaración de buenas intenciones, sino que sea operativa en el seno de la sociedad a la que va dirigida¹⁴⁹, en tal sentido, todo lo que exceda de la consecución de ese <<equilibrio>> podrá y deberá ser materia de ley ordinaria.

Al mismo tiempo, esta interpretación, es decir, la que confiere a la ley orgánica el "desarrollo" del derecho fundamental y a la ley ordinaria la simple "regulación del ejercicio"¹⁵⁰ nos permite explicar armónicamente el punto de intersección, constituido por los arts.15 a 29 CE y que es consecuencia de la concomitancia en dicho punto de una esfera

obra colectiva *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, pág.324.

En la misma línea, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. ("Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", op.cit., pág.104) entiende la palabra <<desarrollo>> como "regulación global, en cuanto básica, pero no necesariamente detallada, que permita una remisión ulterior al legislador ordinario o a la misma Administración."

¹⁴⁹E incluso podría decirse que el desarrollo no tiene porqué darse necesariamente respecto de todos los derechos y libertades que se recogen en los arts.15 a 29. Como ha puesto de relieve SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. ("Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", op.cit., pág.104), existen derechos que, en la medida en que contienen mandatos o prohibiciones, no necesitan en absoluto desarrollo ya que el operar de otro modo tendría efectos restrictivos o superfluos, y nos pone como ejemplo los arts.15 o 20.2°.

¹⁵⁰Como ha puesto de relieve DE OTTO, I. (*Derechos fundamentales y Constitución*, op.cit, pág.155), "regular el ejercicio del derecho supone a todas luces que éste se encuentra ya delimitado constitucionalmente y que, en consecuencia, el legislador se halla ante un poder jurídico definido que no puede alterar su contenido".

amplia, la de la reserva de ley ex art.53.1 CE, que comprende los arts.14 a 38, y una esfera más pequeña, la reserva de ley orgánica ex art.81.1, que abarca los arts.15 a 29.

Así las cosas, podemos señalar que para que una ley orgánica tenga tal carácter es preciso que: 1)el núcleo de la ley afecte a materias reservadas de acuerdo con lo establecido en el art.81.1 CE y, 2)aqueellos aspectos que excedan del estricto ámbito de la reserva, sólo podrán incluirse cuando su contenido sea desarrollo, a su vez, de ese núcleo orgánico y constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia, debiendo el legislador, en todo caso, señalar los preceptos que tengan dicho carácter¹⁵¹.

De lo que se acaba de apuntar podemos extraer dos consecuencias que a menudo se presentan simultáneamente: a)es posible que una Ley Orgánica contenga preceptos destinados a regular lo que el Tribunal Constitucional ha denominado <<materias conexas>>¹⁵² y b)es posible, incluso, que la propia ley orgánica remita a una ley ordinaria u a otras formas de normar, de rango inferior, vgr.reglamentos, aquellos aspectos no sustanciales o nucleares.

¹⁵¹Vid. STC 76/83, de 5 de agosto, FJ 51.d). A contrario sensu, la STC 101/1991, FJ 2º recoge la posibilidad de que estén fuera de la Ley orgánica aquellos aspectos que no incidan directamente en su ámbito y límites.

¹⁵²La denominación <<materias conexas>> ha sido acuñada por el Tribunal Constitucional en la STC 5/1981 de 13 de febrero y a partir de ahí ha sido comúnmente utilizado tanto por la jurisprudencia posterior, como por la doctrina que se ha preocupado de esta cuestión.

Al fin y al cabo, cuando la Constitución contiene una reserva de ley, se entiende que dicha reserva, lo es en favor de ley orgánica sólo en los supuestos en que de modo expreso así se haya establecido, si bien, como se ha advertido, ello no es óbice para que en una ley orgánica concurren junto a materias estrictamente reservadas otras, las denominadas <<conexas>>, cuyo régimen jurídico, tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional¹⁵³ está presidido por el *principio de congelación de rango* señalado en el art.81.2 CE y ello debido, fundamentalmente, a razones de seguridad jurídica (art.9.3º CE), puesto que la reserva legal en nuestro ordenamiento no sólo está consituída por una base material, sino también sobre una base formal informada, precisamente, por ese principio de congelación de rango.

Ahora bien, dicha consecuencia puede y debe ser excluída por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia, en el supuesto de impugnación de la ley o, por el propio legislador señalando qué preceptos contienen sólo materias conexas y por lo tanto tienen carácter ordinario.

No obstante, esta última posibilidad, creemos que con acierto, ha sido duramente criticada por DE OTTO, quien específicamente afirma que "el encomendar al legislador orgánico la tarea de calificar así los preceptos, declarando

¹⁵³Vgr. STC 5/81, 13 de febrero y 76/83, de 5 de agosto.

cuáles tiene rigidez orgánica y cuáles no, el Tribunal Constitucional le reconoce una potestad que en modo alguno puede corresponderle. Si el carácter orgánico sólo puede darse en las normas que se ocupen de las materias del art.81.1, es claro que lo que el legislador orgánico diga al respecto carece de toda relevancia: si las normas relativas a materias conexas son modificables por ley ordinaria no es porque el legislador orgánico lo diga en una disposición adicional, sino sencillamente porque son relativas a materias conexas. Afirmar que todas las normas contenidas en una ley orgánica son rígidas, salvo que el legislador diga lo contrario, es reconocer al legislador la potestad de dar rigidez orgánica a normas que constitucionalmente no pueden tenerla"¹⁵⁴.

Aún así, debemos constatar al respecto que la propia LO 5/1992, de 29 de octubre Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal (a partir de ahora LORTAD), establece en su disposición final tercera los preceptos de la misma que tendrán carácter ordinario¹⁵⁵. Consiguientemente, con relación a los mismos no se producirá ese efecto de congelación de rango y podrán ser modificados por una ley ordinaria u otra disposición normativa de igual rango. Es más, la disposición adicional 2ª, que preve un período de

¹⁵⁴DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, op.cit., págs.119-120.

¹⁵⁵Concretamente el tenor literal de este precepto establece que "los artículos 18, 19, 23, 26, 27, 28, 29, 30, 31, los Títulos VI y VII, las disposiciones adicionales primera y segunda y la disposición final primera tiene carácter de ley ordinaria"

un año para proceder a la adaptación de los ficheros automatizados existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, ha sido modificada por Real Decreto 20/1993, de 22 de diciembre¹⁵⁶, que prorroga el plazo anterior en 6 meses.

Una vez despejado el significado de las cautelas previstas en el art.81.1 CE, es el momento de analizar en concreto las principales normas que contribuyen a delimitar el ámbito de protección, nos estamos refiriendo, por un lado, a la LO 1/1982, de 5 de mayo y, por otro lado, a la LO 5/1992, de 29 de octubre¹⁵⁷.

¹⁵⁶Este Real Decreto ha sido publicado en el BOE nº310, de 28 de diciembre de 1993, y convalidado por una Resolución del Congreso de los Diputados de 20 enero de 1994, publicada en el BOE nº23, de 27 de enero de 1994.

¹⁵⁷En esta sede limitamos la exposición a las dos leyes mencionadas en el texto sin perjuicio de referirnos en materias puntuales a otras leyes que inciden en el ámbito de protección de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, como ocurre, por ejemplo, con la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es tratada con relación al consentimiento, pues entendemos que con respecto al hecho generador de responsabilidad son de aplicación los criterios previstos en la LO 1/1982 por cuanto la ley antes mencionada no contiene especificación alguna al respecto tal y como se desprende de su Exposición de Motivos: "Así, con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. Con ello se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus representantes legales o grupos en que se mueve. Completa esta modificación la legitimación activa del Ministerio Fiscal." y de su art.5 en cuyos párrafos 1º y 2º establece simplemente que "los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones" y "se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contrario a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales".

Atendida la reserva de ley orgánica establecida por el constituyente ex art.81.1 CE, se trata ahora de determinar la idoneidad de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de los Derechos al Honor, a la Intimidad Persona y Familiar y a la propia imagen¹⁵⁸.

La necesidad, ya apuntada, de limitar el contenido de la ley orgánica al desarrollo directo de los derechos fundamentales, y la afirmación de que en materia de derechos de la personalidad la ley se traduce en poco más que una mera acogida de principios¹⁵⁹, se pone de manifiesto en la parquedad del contenido de la Ley que estamos analizando, que cuenta tan solo 9 artículos.

A pesar de su concisión, una lectura superficial podría llevarnos al asentimiento de que todavía existen preceptos que deberían excluirse de su ámbito, habida cuenta de su aparente carácter instrumental, como son por ejemplo los relativos a

¹⁵⁸Esta Ley ha sido modificada en dos ocasiones, en primer lugar por la L.O.3/1982, de 29 de mayo que añadió un párrafo al art.2.2º "...o por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios", el cual ha sido remitido al pleno del Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre su constitucionalidad por la STC 243/1988, de 19 de diciembre, BOE nº11 (suplemento), 13 de enero 1989. Conocido por el pleno ha sido declarado inconstitucional por la STC 9/1990, de 18 de enero, BOE nº40 (suplemento), 15 de febrero, y en segundo lugar por la Disposición Final 4ª de la L.O.10/1995, del Código Penal, que modifica la redacción del último párrafo del art.7. Sobre esta modificación, vid. infra II.1.iii.c).-El derecho al honor.

¹⁵⁹Así lo ha expresado, entre otros, LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", ADC, 1986, pág.1086.

legitimación para el ejercicio de las acciones que la Ley contempla (arts.4 a 6).

No obstante, una lectura más sosegada permite afirmar que, en el contexto de la consecución de una tutela real y efectiva de estos derechos, no sólo los aspectos netamente materiales o sustantivos han de considerarse esenciales, sino también aquellos otros que, sin perjuicio de su carácter formal, conduzcan, en efecto, a la protección buscada.

En tal sentido, y por lo que respecta al ejemplo apuntado, nos parece adecuada la específica previsión de la ley en materia de legitimación activa que, apartándose del régimen civil general, abre un mayor abanico de posibilidades de ejercicio de las acciones, con el exclusivo propósito, a nuestro juicio, de conseguir una mayor y mejor garantía de los derechos que en ella se regulan.

Pero además, para poder alcanzar una disciplina integral de la materia en el ámbito civil, es preciso poner en relación la LO 1/1982 con otra serie de normas tanto de igual como de inferior rango, relación que, sin perjuicio de su especialidad, estará, a nuestro juicio, informada en el caso de las leyes ordinarias por el principio de competencia y en el supuesto de

normas de menor rango por el principio de jerarquía¹⁶⁰.

¹⁶⁰En este sentido vid. STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 21 A) "...hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art.81.1 de la C.E.), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiese materias reservadas a la Ley ordinaria", asimismo la pertinencia del principio de competencia se deduce de la fundamentación jurídica de la STC 137/1986.

En cualquier caso se trata de una cuestión que ha suscitado discrepancias cuyo estudio excede del cometido de este trabajo, no obstante, a título meramente ilustrativo nos referiremos a los distintas posturas adoptadas por la doctrina estudiosa de esta materia, que se encuentra dividida entre los partidarios de la aplicación del principio de jerarquía y los defensores del principio de competencia como el más adecuado para la instrumentación de dicha relación.

Como partidarios de la aplicación del principio de jerarquía, podemos destacar a: ALZAGA, O., *La Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pág.538; GARRIDO FALLA, F., "Comentario al art.81 de la Constitución española", op.cit., págs.81 y ss.; PRIETO SANCHÍS, L., "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978", op.cit., pág.144; SOSA WAGNER, F., "Aproximación al tema de las leyes orgánicas", REDA, 1979, n°21, pág.202; Díez-PICAZO, L., "Constitución y fuentes del Derecho", REDA., n°21, pág.194; QUADRA-SALCEDO, T., "La ley en la Constitución", op.cit., pág.51 -quien se refiere a una relación cuasi-jerárquica-.

Una postura intermedia es defendida por GARRORENA MORALES, A. ("Acerca de la naturaleza espúrea de las leyes orgánicas", op.cit., págs.184-186), quien, siguiendo a la doctrina italiana, entiende que ambos principios, jerarquía y competencia, no tienen porqué ser incompatibles, y ello no por afán de de mediación y eclecticismo, sino por razones mucho más de fondo: "es que aceptar de modo complacido que cualquiera de tales principios, ya el de jerarquía, ya el de competencia, es suficiente por sí solo para dar una explicación lógica y acabada del encaje de las Leyes orgánicas en el ordenamiento, es aceptar que tales Leyes orgánicas constituyen una categoría lógica, técnicamente coherente, capaz de integrarse en el sistema jurídico sin perturbarlo, cuando esto -lo estamos viendo ya- dista mucho de ser cierto". De la misma idea participan GARCÍA MACHO, R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, op.cit., pág.119 y PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del derecho*, op.cit., págs.77 a 86.

A favor del principio de competencia BASTIDA, F.J., "Comentario bibliográfico sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas", REDC, 1981, n°2, pág.290; CHOFRE SIRVENT, J.F., *Significado y función de las leyes orgánicas*, Edit.Tecnos, Madrid, 1994, págs.169-170; GALVEZ MONTES, J., "Comentario al art.81 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentario a las leyes políticas (dirigido por Oscar Alzaga Villaamil)*, Edit.Edersa, Madrid, 1984, Tomo IV, págs.72-74; FERNÁNDEZ, T.R., *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad*, Edit.Civitas, Madrid, 1981, págs.65 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, op.cit., vol.I; JIMÉNEZ CAMPO, J., Voz: "Ley orgánica", op.cit., pág.4009; LASAGABASTER HERRARTE, I., "Sobre las leyes orgánicas", op.cit., pág.51; LINDE PANIAGUA, E., "Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico...", op.cit., págs.110 a 120; SANTAMARÍA, J.A., "Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración", RDP, 1979, n°4, págs.41 y ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., "En torno a las leyes orgánicas: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero", RAP, 1984, n°104, pág.345, también es interesante el análisis de los inconvenientes que presenta la articulación de ambos principios unilateralmente págs.345 a 352.

Por su parte, GÓMEZ-FERRER MORANT, R. ("Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", RAP, 1987, n°113, págs.20 y ss.) pone de relieve la insuficiencia de los principios de jerarquía y de

Las principales normas a tener en cuenta en la materia objeto de nuestro estudio son: la LO 1/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Rectificación, la ya citada LORTAD, la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, la Ley 62/78, de 16 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona y el Código Civil.

Concretamente en sede de responsabilidad civil, son escasos los preceptos que se contienen en la LO 1/1982, por consiguiente por imperativo del art.4.3 del Código Civil y por la fuerza propia del Derecho Civil, la aplicación supletoria del Código resulta, a nuestro juicio, insoslayable.

Ya en lo que respecta a las normas de rango inferior, es necesario afirmar, con carácter general, que en el supuesto de llevarse a efecto una remisión de la ley orgánica en tal sentido, ésta deberá hacerse de modo que no implique una deslegalización de la materia o una forma torticera de eludir la reserva constitucional, y para ello, el alcance de las remisiones deberá estar bien acotado, determinándose, con claridad meridiana, sus límites y los objetivos que hayan de perseguirse.

En realidad la Constitución, tal y como ha sido

competencia para explicar las relaciones entre ley orgánica y ley ordinaria.

Asimismo es interesante la articulación de los principios de jerarquía y competencia, y la defensa de un nuevo criterio: el de prevalencia, recogida por BALAGUER CALLEJÓN, F., "Notas sobre la estructura constitucional del Estado Español", op.cit., págs.202 a 211.

interpretada por el Tribunal Constitucional, sólo impide que la remisión se establezca a través de fórmulas delegantes, por ejemplo el Decreto-legislativo gubernamental (art.82.1 CE), o mediante reenvíos en blanco o en condiciones tan laxas que se viniese a defraudar tal reserva¹⁶¹.

Pero, además, la remisión, desde un punto de vista de técnica jurídica, ha de tener la consideración de complemento indispensable de la regulación legal en aras de optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la propia Constitución, o por la propia ley orgánica remitente.

Por todo ello, debemos señalar que la existencia de reserva, en principio, no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual se establece la reserva (en este caso la ley orgánica) y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución¹⁶².

Es más, en materia de derechos fundamentales, puede afirmarse que es factible la remisión al reglamento siempre y cuando ello no suponga deferir al Gobierno la normación del

¹⁶¹Vid. STC 137/86, 6 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley del Parlamento Vasco 15/1983, de 27 de julio.

¹⁶²Vgr. la STC 67/85, dictada respecto al derecho de asociación, permite que se regule mediante ley ordinaria los específicos tipos de asociaciones siempre y cuando se respete el desarrollo efectuado por la ley orgánica originadora de tal remisión.

derecho que sea objeto de reserva¹⁶³, así ocurre en múltiples ocasiones, de las que es un ejemplo claro la LORTAD, es más en este caso en concreto la remisión, a nuestro juicio, viene obligada por la propia naturaleza de las cosas, lo cual, por otra parte, contribuye a que la ley no abdique de su abstracción y generalidad y pueda ser más inmune al transcurso del tiempo.

Por lo que se refiere a la LO 5/1992, de 29 de octubre, debe señalarse que la misma constituye un complemento importante en la delimitación de lo que pueden considerarse intromisiones ilegítimas. Responde a la imperiosa necesidad de proteger la vulnerabilidad de los derechos al honor y a la intimidad frente a los peligros que ocasiona el vertiginoso avance de la informática, y a la urgencia de acomodar nuestra regulación a la normativa de los demás países europeos y a las exigencias derivadas de la adhesión de España a diversos Tratados europeos sobre esta materia¹⁶⁴.

¹⁶³Nos referimos a los reglamentos ejecutivos, esto es, los que se dictan en virtud de remisiones normativas de la ley y que, por lo tanto, son claramente dependientes y subordinados.

En este sentido, señalar que seguimos la clasificación de los reglamentos formulada por LORENZ VON STEIN, que atendiendo su relación con la ley, los agrupaba en reglamentos ejecutivos (*secundum legem*), independientes (*praeter o extra legem*) y de necesidad (*contra legem*).

¹⁶⁴Fundamentalmente, el Convenio 108 del Consejo de Europa, Convenio para la Protección de las Personas respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, y ratificado por España por Instrumento de fecha 27 de enero de 1984, publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985.

En primer lugar, atiende al compromiso nacional¹⁶⁵ enunciado en el art.18.4º C.E. "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" y es el resultado de un largo proceso de elaboración en el que se han implicado todas las fuerzas políticas de nuestro Parlamento¹⁶⁶.

Y, en segundo lugar, cumple, con notable retraso¹⁶⁷ con

¹⁶⁵Ya el Defensor del Pueblo en su Informe de 1989 insistió en la necesidad de limitar adecuadamente el uso de la informática.

Hasta la promulgación de la LO 5/1992 las disposiciones legales existentes se limitaban a una protección parcial y fragmentaria. Así referencias a la protección de estos datos personales se contienen en normativas sectoriales como: el art.111.6 de la Ley General Tributaria, el art.41.2 de la L.O.de Régimen Electoral General, el art.61 de la Ley General de Sanidad, el art.19.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida o los arts.11 y ss. de la Ley de Función Estadística Pública.

Esta Ley Orgánica 5/1992, supone la derogación de la Disposición Transitoria 1ª de la LO 1/1982 de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por cuanto en su Disposición Derogatoria Única dispone que: "Queda derogada la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen."

¹⁶⁶Constituyen sus principales hitos los siguientes proyectos:

-El Anteproyecto de Ley Orgánica de regulación del uso de la informática para la protección de los Datos Personales, preparado por la Presidencia del Gobierno en 1985.

-La Proposición de Ley de protección al honor y a la intimidad de las personas frente a la utilización de las Bases de Datos presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular el 2 de Abril de 1987, recogida en el B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº68-1, III Legislatura, 27 de abril 1987.

-La Proposición de Ley orgánica de protección de los derechos y libertades en relación con el uso de la informática y las telecomunicaciones, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, Agrupación de Izquierda Unida-Esquerra Catalana, el 16 de Junio de 1988, recogida en el B.O. de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, nº120-1, III Legislatura, de 23 de junio de 1988.

¹⁶⁷Nos hemos referido al notable retraso porque la Ley es de 1992 cuando el plazo preclusivo de entrada en vigor del Convenio es 1 octubre de 1985. Sobre el retraso del legislador español, vid. RIPOL CARULLA, S., "En torno a la calificación de la pasividad española en el cumplimiento del Convenio 108 del Consejo de Europa", en *La responsabilidad Internacional, XIII Jornadas de la AEPDIRI*, Alicante, 1990, pág.313, 320-322.

el compromiso internacional adquirido por España a raíz concretamente de la ratificación del Convenio 108 del Consejo de Europa de protección de datos, de 28 de enero de 1981, ratificado por España 27 de enero de 1984¹⁶⁸, cuyo art.4 dispone que "1.Cada parte adoptará en su derecho interno las medidas necesarias para dar cumplimiento a los principios fundamentales de protección de datos enunciados en el presente capítulo. 2.Tales medidas deberán ser adoptadas como muy tarde en el momento en que el presente Convenio entrase en vigor respecto a la parte"¹⁶⁹.

Por lo que en este contexto interesa, esto es el desarrollo de los derechos fundamentales mediante ley orgánica, y antes de analizar el fenómeno de colaboración internormativa al que hemos aludido es preciso abrir un paréntesis para detenerse, siquiera brevemente, en la siguiente cuestión: ¿esta ley supone la positivización de la protección del honor y de la intimidad frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal o, por el contrario significa el reconocimiento y desarrollo de un nuevo derecho fundamental?.

El tratamiento que por nuestra parte recibe la LORTAD refleja que la consideramos como una ley en la que se instrumentalizan las medidas necesarias para proteger los

¹⁶⁸Publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1985.

¹⁶⁹Como puede advertirse el Convenio no es self executing y necesita, por lo tanto, de la existencia de una norma interna.

derechos al honor y a la intimidad¹⁷⁰, en este sentido nos parece claro el fundamento jurídico 7º de la STC 254/1993¹⁷¹, primera Sentencia dictada en relación a la LORTAD, que establece que "las facultades precisas para conocer la existencia, fines y responsables de los ficheros automatizados dependientes de la Administración Pública donde obran los datos personales de un ciudadano son absolutamente necesarias para que los intereses protegidos por el artículo 18.1 CE, y que dan

¹⁷⁰Si se tratase de un nuevo derecho fundamental su análisis excedería con creces el estudio que nos hemos propuesto, pues como el título indica nuestra investigación se refiere sólo a tres derecho fundamentales: honor, intimidad y propia imagen.

Participan de esta consideración, entre otros, BAÑO LEÓN, J.Mª., "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", REDC, 1988, nº24, pág.163 y CASTELLS ARTECHE, J.M., "Limitación informática", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, Tomo II, págs.913-914 y 925-927. Este último afirma concretamente que "El carácter de <<apéndice>> del art.18, que comporta la postrera mención informática que revela su naturaleza de simple <<añadido>> al contenido sustancia, que se centra en el honor, la intimidad y la propia imagen". Este autor reafirma su posición en "Derecho a la privacidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)", RVAP, 1994, nº39, pág.255. En la misma línea, LÓPEZ GARRIDO, D. ("Aspectos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal", RDP, 1993, nº38, pág.14) señala que "el artículo 18.4 de la Constitución se inscribe dentro del precepto dedicado a la protección de la intimidad en general. El art.18.4 se refiere a una dimensión de la intimidad, aquella que tiene que ver con las informaciones sobre la vida de una persona que, de tal modo, determinen el ámbito de lo que propiamente podríamos llamar su personalidad, que podrían, manejados por terceros y, fundamentalmente por los poderes públicos, violentar el principio de dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes, del libre desarrollo de su personalidad, todos ellos valores establecidos en el artículo de 10 de nuestra Constitución", y lo denomina *intimidad informativa*. Por su parte, VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. ("Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 234/1993", REDC, 1994, nº41, pág.206) afirma que la "Ley Orgánica 5/1992 llena ese contenido mínimo de la remisión del art.18.4º dando cuerpo normativo al deber positivo a cargo de los poderes públicos de protección del derecho a la intimidad y al honor no sólo satisfaciendo la remisión del apdo 4 sino también amparándose en las reservas del art.53.1 y 81.1". Por último, participa asimismo de aquélla consideración, RUIZ MIGUEL, C., "En torno a la protección de los datos personales automatizados", REP, 1994, nº84, págs.241-247, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, op.cit., págs.94-97, y en "El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español", RGD, nº607, 1995, págs.3211-3218.

¹⁷¹De 20 de julio, BOE nº197, 18 de agosto.

vida al derecho fundamental a la intimidad, resulten real y efectivamente protegidos. Por ende, dichas facultades de información forman parte del contenido del derecho a la intimidad¹⁷², que vinculan directamente a todos los poderes públicos, y ha de ser salvaguardado por este Tribunal, haya sido o no desarrollado legislativamente (STC 11/1981, FJ8º y 101/1991 FJ2º)".

Sin embargo, no es ocioso advertir que tal consideración no es compartida por algún sector doctrinal que entiende que se trata del desarrollo de un nuevo derecho fundamental¹⁷³,

¹⁷²El subrayado es nuestro.

¹⁷³Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 115 y ss. y "La protección de los datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español (I)", *Estudios de Jurisprudencia*, Revista Colex, Año I, nº3, nov-dic. 1992, págs. 16-20. Más recientemente, este autor se reafirma en esa misma idea, en tal sentido vid. "Informática y Protección de Datos Personales (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal)", Cuadernos y Debates nº43, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 27 y ss.; PÉREZ LUÑO, A.E., ("Intimidad y protección de datos personales: del Habeas Corpus al Habeas Data", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, (editor Luis García Sanmiguel) Edit. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 37) se muestra partidario de la creación de nuevos derechos, entre ellos el derecho a la libertad informática; DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., *Derecho Informático*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 56; VILARIÑO PINTOS, E., "La ley de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal ante el Derecho Internacional", en la obra colectiva *La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Centre d'Investigació de la Comunicació i Universitat Pompeu Fabra, Edit. Generalitat de Catalunya, 1993, pág. 51; MENÉNDEZ PEREZ, S., ("La <<LORTAD>> y los sistemas informáticos de la oficina judicial", *PJ*, 2ª época, nº36, 1994, pág. 350; GONZÁLEZ MURUA, A.R., *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O. 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, Edit. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1994 (Working Papers, nº96), págs. 16 y 17), comparte expresamente la opinión de Lucas Murillo de la Cueva; ORTI VALLEJO, A., ("El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática", *Derecho Privado y Constitución*, nº2, 1994, pág. 328 y ss., y en *Derecho a la intimidad e informática*, Edit. Comares, Granada, 1994, pág. 64-65 y ss.) quien concretamente considera que si bien desde el punto de vista jurídico estricto, no hay razones para afirmar que la utilización informática de datos personales requiera la introducción de un nuevo derecho de la personalidad o fundamental, por el contrario "resulta más convincente, desde el punto de vista doctrinal

análogo al llamado <<derecho a la autodeterminación informativa>> configurado por la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983 y derivado, en ese caso, del derecho al desarrollo de la personalidad.

Partiendo de la consideración de que se trata simplemente de instrumentar las medidas para proteger el honor y la intimidad frente a posibles ataques provenientes del progreso, habrá que atender a las especificidades de esta Ley en materia de responsabilidad civil y en lo no previsto por ella se acudirá en primer término a la LO 1/1982 y en su defecto al Código civil como Derecho supletorio, en este caso, de segundo grado.

Por último, resta referirnos a la colaboración internormativa a la que se aludía en páginas anteriores. En este sentido, baste recordar el tenor literal de la Disposición Final 1ª en virtud de la cual se habilita al Gobierno para dictar "las disposiciones necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley, y para regular la estructura orgánica de la Agencia de Protección de Datos".

profundizar en la tan necesitada reformulación de los derechos de la personalidad que comporta esa nueva manera de entender el derecho a la intimidad, con objeto de superar la excesiva patrimonialización de aquéllos. Sin embargo, desde un punto de vista de jurisprudencia de intereses o, si se quiere, desde la óptica más amplia de los derechos y libertades fundamentales, es decir, en ese ámbito en el que lo jurídico y lo político tienen una mayor intervención, puede que convenga socialmente la afirmación del derecho fundamental nuevo", en cuanto a la denominación, es partidario de la expresión "libertad informática"; ESTADELLA YUSTE, O., *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Edit. Tecnos, Madrid, 1995, págs. 24, 29 y 32.

En efecto, la magnitud de los cambios que lleva aparejada esta Ley, no sólo en el ámbito de las Administraciones Públicas, sino también en el ámbito privado, no podría culminarse, a nuestro juicio, sin la ayuda de otras normas de rango inferior, que aporten una solución ágil y rápida, acorde con el vertiginoso avance la informática y su innegable incursión en el mundo de las relaciones jurídicas.

Desde la entrada en vigor de la LORTAD, el 31 de enero de 1993, hasta la expiración del plazo de adaptación, el 31 de julio de 1994, e incluso con posterioridad a esta fecha, han sido muy numerosas las normas dictadas a tal fin. Y aunque todas ellas responden teleológicamente a la idea de adaptación, si tomamos como punto de partida la disposición final primera, podemos clasificarlas en dos grandes grupos:

i) normas destinadas a regular la estructura orgánica de la Agencia de Protección de Datos, incluyendo en este último apartado aquellas disposiciones de la propia Agencia destinadas a concretar una serie de extremos de carácter formal:

- el Reglamento que regula el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos (Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo),
- el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, en cumplimiento del mandato recogido en los arts.15.1, 16.1, 17.1, 24.2, 38.3 y 47.1, que a su vez se completa con:

- Resolución de 22 de junio de 1994 de la Agencia de Protección de Datos (BOE nº149, 23 de junio) por la que se aprueban los modelos normalizados en soporte de papel y

magnético a través de los que deben efectuarse las correspondientes inscripciones en el Registro General de Protección de Datos

-Resolución de 18 de julio de 1994, (BOE nº180 de 29 de julio) de la Agencia de Protección de Datos,

-Instrucción 2/1995 de 4 de mayo (BOE nº110, 9 de mayo de 1995) de la Agencia de Protección de Datos sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal,

-Resolución de 7 de febrero de 1995 de la Agencia de Protección de Datos, (BOE nº39, 15 de febrero) dictada en ejercicio del art.12.2 del Real Decreto 428/93 y a fin de dar cumplimiento al art.18.1 de la L.O.5/92.

ii) normas necesarias para la aplicación y desarrollo de la ley:

Estas normas, órdenes, resoluciones, acuerdos, etc, emanan de los distintos Ministerios y demás entes públicos que conforman la Administración del Estado, y tiene como propósito la creación o adaptación a la normativa vigente de los ficheros automatizados de datos de carácter personal existentes¹⁷⁴.

¹⁷⁴Ejemplos son: -Ley 25/1995 de 20 de julio (BOE nº174, 22 de julio 1995) de modificación parcial de Ley General Tributaria, operada, entre otros motivos, para adaptar la normativa tributaria a determinados aspectos de la L.O.5/1992.

-Orden de 22 de julio de 1994, (BOE nº178 de 27 de julio) por la que se establecen y regulan los ficheros automatizados con datos de carácter personal existentes en el Ministerio de Asuntos Exteriores, que se completa con:

-Orden de 26 de mayo de 1995 (BOE nº138, de 10 de junio) por la que se crean los ficheros automatizados <<Españoles Detenidos en el Extranjero>>.

<<Exámenes de Intérpretes Jurados>> y <<Registro de Intérpretes Jurados>>, gestionado por el Ministerio de Asuntos Exteriores en cumplimiento del art.18.1 de la LORTAD.

-Orden de 18 de julio de 1995 (BOE nº179, 28 de julio) por la que se modifican los diversos ficheros automatizados gestionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores debido a la modificación producida en la estructura orgánica de la Agencia Española de Cooperación Internacional (Real Decreto 2492/1994 de 23 de diciembre),

-Orden de 26 de julio de 1994, (BOE nº178, 1994) por la que se regulan los ficheros gestionados por el Ministerio de Justicia e Interior,

-Orden 75/1994 de 26 de julio, (BOE nº178, 1994) de los ficheros del Ministerio de Defensa, que debe ponerse en relación con la orden 9 de marzo de 1995, (BOE nº64, 10 de marzo).

-Orden de 26 de julio de 1994, (BOE nº178) los ficheros de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal del Ministerio de Educación y Ciencia, que debe ponerse en relación con la Orden 20 de febrero, (BOE nº52, de 2 marzo de 1995).

-Orden de 26 de julio de 1994, (BOE nº178) del Ministerio de Industria y Energía,

-Orden de 26 de julio de 1994, (BOE nº178) del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación,

-Orden de 26 de julio de 1994, (BOE nº178) por la que se regulan los ficheros automatizados que contienen datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de la Presidencia, organismos autónomos y entes dependientes del mismo,

-Orden de 22 de julio de 1994, (BOE nº178) del Ministerio para las Administraciones Públicas y sus entidades,

-Orden de 22 de julio de 1994 (BOE nº178) del Ministerio de Cultura y sus organismos autónomos, que a su vez se completa con:

-Orden de 25 de abril de 1995 (BOE nº122 de 23 de mayo de 1995) por la que se modifica el anexo de la de 22 de julio de 1994 reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal del Ministerio de Cultura y de sus organismos autónomos,

-Orden de 22 de julio de 1994, (BOE nº178) del Ministerio de Sanidad y Consumo,

-Orden de 22 de julio de 1994, (BOE nº178) del Ministerio de Asuntos Sociales y sus entidades,

-Orden de 26 de julio de 1994, (BOE nº178) del Ministerio de Comercio y Turismo,

-Orden de 27 de julio de 1994, (BOE nº180 de 29 de julio) reguladora de los servicios centrales y organismos autónomos del Ministerio de Economía y Hacienda,

-Orden de 27 de julio de 1994, (BOE nº180) del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, completada posteriormente por:

-Orden de 19 de mayo de 1995 (BOE nº128, 30 de mayo) por la que se corrigen errores y se amplía el anexo de la Orden de 27 de julio de 1994 por la que se regulan los ficheros de datos personales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,

-Orden de 27 de julio de 1994, (BOE nº180) de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que debe ponerse en relación con:

-Orden de 4 de agosto de 1995 (BOE nº192 de 12 de agosto) por la que se modifica la de 27 de julio de 1994 que regula los ficheros automatizados de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

-Orden de 12 de junio de 1995 (BOE nº156, 1 de julio) por la que se dispone la creación de ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Gobierno de Cádiz,

-Orden de 28 de junio de 1995 (BOE nº159, de 5 de julio) por la que se crea el fichero automatizado de Base de Datos de Sañalamientos Nacionales (BDSN) gestionado por el Gabinete de Coordinación de la Secretaría de Estado de Interior,

-Circular 4/1994 de 22 de julio, (BOE nº178 de 27 de julio) sobre

Asimismo numerosas Universidades han ido adaptando los ficheros de datos personales a las exigencias impuestas por la LORTAD¹⁷⁵.

ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Banco de España,
-Instrucción de 28 de marzo de 1995 (BOE n°108, 6 mayo de 1995), del Defensor del Pueblo por la que se regulan los ficheros automatizados de datos de carácter personal existentes en la institución,

-Acuerdo de 27 de julio de 1994, (BOE n°180) del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores,

-Acuerdo de 16 de junio de 1994 (BOE n°155, 30 de junio) del pleno del Tribunal Constitucional,

-Resolución de 22 de julio de 1994, (BOE n°178 de 27 de julio) del Consejo de Estado posteriormente corregida en el BOE n°183 de 2 de agosto de 1994,

-Resolución de 20 de julio de 1994, (BOE n°178) del Consejo Superior de Deportes,

-Resolución de 22 de julio de 1994, (BOE n°180 de 29 de julio) de la Dirección General de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre,

-Resolución de 27 de julio de 1994, (BOE n°180) del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente,

-Resolución de 28 de julio de 1994, (BOE n°180) del Consejo de Seguridad Nuclear,

-Resolución de 29 de julio de 1994 (BOE n°186 de 5 de agosto) de la Junta de Construcciones e Instalaciones y Equipo Escolar,

¹⁷⁵-Resolución de 12 de julio de 1994 (BOE n°178 de 27 de julio) de la Univesidad de Málaga,

-Resolución de 19 de julio de 1994 (BOE n°178) de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED),

-Resolución de 27 de julio, (BOE n°180 de 29 de julio) de la Universidad Politécnica de Madrid,

-Resolución de 20 julio de 1994 (BOE n°183, 2 de agosto) de la Presidencia de la Comisión Gestora de la Universidad Carlos III de Madrid,

-Resolución de 27 de julio de 1994 (BOE n°183) de la Universidad de Murcia,

-Resolución de 27 de julio de 1994 (BOE n°183) de la Universidad de Extremadura,

-Resolución de 19 de julio de 1994, (BOE n°186, 1994) de la Universidad de Valladolid,

-Resolución de 22 de julio de 1994, (BOE n°186) de la Universidad de las Islas Baleares,

-Resolución de 17 de julio de 1994, (BOE n°186) de la Universidad de Zaragoza,

-Resolución de 25 de julio de 1994 (BOE n°187, de 6 de agosto) de la Universidad de Alcalá de Henares,

-Resolución de 29 de julio de 1994 (BOE n°191, de 11 de agosto) de la Universidad de Huelva,

-Resolución de 5 de agosto de 1994 (BOE n°204, 26 de agosto) de la Universidad de Lalaguna,

-Resolución de 22 de junio de 1995 (BOE n°194, 15 de agosto) de la Universidad de Vigo por la que se regulan los ficheros automatizados de carácter personal de la Universidad de Vigo.

-Resolución 15 de diciembre de 1994 (BOE n°33, 8 febrero 1995) de la Universidad Complutense de Madrid.

-Resolución de 16 de enero de 1995 (BOE n°28, 2 febrero 1995) de la Universidad de Almería.

-Resolución de 16 de enero de 1995 (BOE n°52, 2 marzo 1995) de la Universidad Autónoma de Madrid.

Esta profusión de normas, consecuencia de la novedad de la materia y el escaso tiempo de vigencia de la LORTAD nos sumergen en un *mare mágnum* de polémica¹⁷⁶.

En cualquier caso, lo expuesto sobre el cauce constitucional para el desarrollo de estos derechos, permite alcanzar la conclusión que se situaría en el vértice de la hipotética pirámide de la que hablábamos al comienzo: los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen han sido desarrollados mediante ley orgánica en lo que referente a los aspectos sustanciales, -como la responsabilidad civil-, y se han remitido en lo demás a otras fuentes normativas sin incurrir, por lo menos mientras no se resuelva lo contrario, en una deslegalización de la materia en favor de dichas fuentes.

B.-LA LO 1/1982: EL ARTICULO 7.

Una delimitación más concreta de las conductas generadoras, en principio, de responsabilidad civil resulta de

-Resolución de 25 de enero de 1995 (BOE nº30, 4 febrero 1995) de la Universidad Pública de Navarra.

¹⁷⁶Polémica que está abierta. Por lo de pronto, son varios los preceptos de esta Ley los que están pendientes de la resolución de varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Defensor de Pueblo (recursos de inconstitucionalidad publicados en el BOE nº43 de 19 de febrero, recursos nº201, 219 (presentado por el Defensor del Pueblo), 226 y 236/1993 todos ellos admitidos a trámite por providencia de 9 de febrero de 1993) y por otras instituciones (como por ejemplo el recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Cataluña contra los arts.24, 31, 40.1º y 2º, publicado en el Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, nº75, de 1 de febrero de 1993).

poner en relación el art.2.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, con el art.7 de la misma Ley.

El art.2 establece que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia".

La norma recogida en este precepto no ha sido bien,^{reubiab} constituyendo, quizá, uno de los aspectos de la ley valorado más negativamente, debido a la inseguridad que, para quienes así opinan, provoca su falta de concreción¹⁷⁷.

La ley se erige en el primer elemento delimitador utilizado por el legislador para conseguir la concreción de la esfera de protección de los derechos objeto de nuestro estudio. Esta remisión a la ley ha sido objeto de críticas debido, nuevamente, a su imprecisión. Así algunos otros consideran que simplemente debería haberse matizado, en el sentido de haberse precisado, cuando menos, su carácter de ley orgánica. Mientras que otros entienden que debería haberse eludido por su obviedad, por cuanto equivaldría a establecer que "la ley dice

¹⁷⁷Sobre las críticas a las que se alude en el texto vid.infra II.2. y 3. Los usos sociales y Los propios actos, respectivamente.

lo que diga la ley"¹⁷⁸.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que, si bien tal remisión no es del todo afortunada, su alcance puede ser fijado, en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, sin grandes esfuerzos hermenéuticos puesto que, como ya hemos señalado en páginas anteriores, una interpretación lógico-sistemática de la Constitución permite afirmar que el desarrollo de los derechos fundamentales precisa de una ley orgánica, sin perjuicio de que, en la regulación de su ejercicio, se acuda a otros instrumentos normativos de igual o inferior rango.

Consiguientemente, la remisión a la ley en este caso debe entenderse referida tanto a la ley orgánica, como a la ordinaria, dependiendo del contenido que ésta se proponga fijar.

Por su parte, el art.7, como conductas que tienen la consideración de intromisión ilegítima, establece:

"1º.-El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

¹⁷⁸CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H., "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo", op.cit., pág.1250.

2°.-La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

3°.-La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4°.-La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

5°.-La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2°.

6.-La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

7.-La imputación de hechos o manifestaciones de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación"¹⁷⁹.

¹⁷⁹La redacción del último apartado ha sido modificado por la Disposición Final 4ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (BOE nº281, 24 de noviembre). El tenor literal anterior era: "la divulgación de expresiones o de hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena".

Como ya puede intuirse, este precepto constituye una pieza clave en la investigación que nos hemos propuesto, pues en él se contiene uno de los pilares de la responsabilidad civil, esto es, el hecho que la genera.

No obstante, antes de entrar en un análisis puntual del mismo, creemos oportuno dar cuenta del primer problema que se nos planteó a propósito de su contenido: ¿la enumeración descrita constituye un *numerus clausus* o, por el contrario, se trata de unas pautas meramente orientativas?.

La búsqueda de situaciones hipotéticas pero posibles que no encontrarían cobertura específica en el art.7 nos ha servido para poner de relieve las consecuencias, a nuestro juicio nefastas, de considerar el mencionado precepto como una enumeración cerrada. Pensemos, por ejemplo, qué ocurriría en el caso de que un actor famoso, cuya vida privada guarda celosamente del nombre, ni otros datos como su número de teléfono, domicilio, etc, conoce circunstancialmente a una persona, a la cual revela todos esos datos, datos que, a su vez, esta última persona, da a conocer públicamente.

Si atendiésemos exclusivamente al tenor literal del art.7, más concretamente a sus apartados 3º y 4º, concluiríamos que el supuesto descrito no es constitutivo de intromisión ilegítima por no afectar al buen nombre o reputación de la persona, y por no ser conocidos a través de actividad

profesional u oficial de quien los revela.

Sin embargo, parece obvio que una conducta de tales características deberá considerarse ilícita, es por ello que, la mayoría de la doctrina se ha mostrado partidaria de considerar el contenido del art.7 como una enumeración abierta.

No obstante, existen opiniones en contrario por cuanto algún autor sostiene que se trata de una enumeración cerrada que permite hablar, en cierto modo, de un ilícito civil tipificado. En este sentido, por ejemplo, PUIG BRUTAU afirma que en el art.7 "se advierte el esfuerzo hecho para incluir en una enumeración cerrada todas las posibilidades de atentar contra los derechos que protege el art.18-1 de la Constitución"¹⁸⁰. De una opinión semejante participa ALVAREZ PRIETO cuando declara que "la ley de 5 de mayo de 1982 determina con exactitud casi matemática los medios de violar la intimidad, y en su artículo 8 contempla las causas justificativas; se establece de esta forma un "numerus clausus" en cuanto al modo de violar la intimidad, que a nuestro modo de ver, impide la inclusión de nuevos medios que pueden producirse como consecuencia de nuevas técnicas"¹⁸¹.

¹⁸⁰PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, op.cit., Tomo II, vol.3º, pág.250.

¹⁸¹ALVAREZ PRIETO, *El derecho a la intimidad como límite al derecho a la libertad de información*, Edit. Boletín Oficial del Colegio de Abogados de Madrid, nº3, 1986, Mayo-Junio, pág.14.

En la misma línea, vid. HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, Intimidad y Propia*

Abundando en esta idea, DE COSSÍO señala que se enumeran, de forma casuística, -en su afán de tipificación y con técnica propiamente penal-, los supuestos de intromisiones ilegítimas que se consideran transgresiones a los bienes jurídicos protegidos por esta Ley, ya que se considera que estos derechos no pueden ser ilimitados puesto que lo que se trata de hacer, al delimitar estas transgresiones más frecuentes de forma individualizada, es fijar los límites de estos derechos¹⁸².

Una postura intermedia es la defendida por IGARTUA ARREGUI puesto que, si bien en lo que respecta al derecho a la intimidad considera la enumeración del art.7 como abierta, en relación al derecho al honor entiende que se trata de una *numerus clausus* que de por sí otorga una protección excesiva¹⁸³.

Por lo que se refiere a la consideración del elenco contenido en el art.7 como un *numerus apertus*, autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN advierten que "si se partiera de una enumeración taxativa, los avances tecnológicos en estos campos y la aparición constante de nuevas formas de agresión a estos

Imagen, op.cit., pág.170.

¹⁸²Cfr. DE COSSÍO, M., *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Edit.Tirant Loblanch, Valencia, 1993, pág.51.

¹⁸³Vid. IGARTUA ARREGUI, F., "La protección del honor y la intimidad", *PJ*, 1987, n°5, págs.94-95.

derechos harían necesario continuas leyes sobre la materia"¹⁸⁴, señalando, además, que "la Exposición de Motivos de la Ley no abona la existencia de un elenco cerrado"¹⁸⁵.

En este sentido, nos parece interesante traer a colación la reflexión hecha por SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA que insiste en que la intervención normadora del legislador tiene un significado necesario, pero secundario y limitado, que no puede hacer olvidar que la configuración del ámbito de este derecho (el derecho a la intimidad) se realiza básicamente en la Constitución según el tenor literal y el significado lógico

¹⁸⁴DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, op.cit., págs.360-361, y en *Instituciones de Derecho Civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, Vol.I, pág.245.

¹⁸⁵Ibidem, pág.245.

Igualmente, consideran que se trata de una enumeración abierta: DE LA VÁLGOMA, M^a., "Comentario a la L.O. de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", *ADH*, 1983, Tomo II, pág.669; ROMERO COLOMA, A.M., *Los bienes y derechos de la personalidad*, Edit.Trivium, Madrid, 1985, pág.43; SERRANO ALBERCA, J.M., "Comentario al art.18 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución* (dirigidos por Garrido Falla), Madrid, 1985, págs.361.; ROMÁN GARCÍA, A., "Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad", *R.D.Priv.*, 1989, pág.328; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Prólogo a la Edición de Tecnos de *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Madrid, 1990, pág.15; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", op.cit., págs.1062, 1100-1104, y en "Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", en la obra colectiva *Homenaje a Juan B.Vallat de Goytisolo*, Edit.Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, Vol.IV, pág.549 (concretamente, afirma que "la relación de intromisiones enunciadas en el artículo 7º de la propia Ley no debe tenerse por fórmula cerrada, sino meramente ilustrativa. Será ejemplificación orientadora, pero nunca exclusión de otros casos lesivos diferentes y no previstos de modo expreso, siquiera la redacción del precepto ofrece visos de acabada totalidad de supuestos"); RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Derecho al honor, a la intimidad y a la imagen", en LACRUZ, J.L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1990, (reimpresión actualizada 1992), Tomo I, vol.2º pág.80; HERCE DE LA PRADA, V., *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación*, Edit.Bosch, Barcelona, 1994, pág.139.; HUALDE SÁNCHEZ, J.J., "Los bienes de la personalidad" en la obra colectiva *Manual de Derecho Civil*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1995, Tomo I, pág.348 *in fine*; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, op.cit., pág.232.

sistemático del precepto en que se reconoce y a través de la interpretación verificada por el Tribunal Constitucional. El legislador lo que hace es completar esa delimitación, u ofrecer criterios para su realización, y estipular una lista abierta de injerencias o de restricciones ilegítimas (de la intimidad)¹⁸⁶.

Igualmente, LASARTE ÁLVAREZ afirma que, "a pesar de la longitud del artículo, las intromisiones en él consideradas no han de concebirse como una enumeración taxativa o un *numerus clausus*. Por tanto, en la práctica cabe que los derechos de honor, intimidad e imagen sean lesionados en virtud de otras circunstancias que, pese a no encontrarse legalmente determinadas, han de ser consideradas intromisiones ilegítimas"¹⁸⁷.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que son varias las razones que permiten, asimismo, concluir que el art.7 contiene una enumeración abierta, esto es, simplemente orientativa.

En primer término, desde una perspectiva general, los

¹⁸⁶Cfr. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Libertad de expresión y Derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit., pág.63.

Lo expresado por este autor con relación al derecho a la intimidad entendemos que es extrapolable a los otros dos derechos objeto de protección en la LO 1/1982, esto es, el honor y la intimidad, es por ello que hemos puesto entre paréntesis la referencia a la intimidad.

¹⁸⁷LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil*, Edit.Trivium, Madrid, 1992, Tomo I, pág.217.

derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, como derechos fundamentales que son, deben interpretarse de la forma más favorable para su protección, de manera que se dote a los derechos fundamentales de mayor viabilidad y vigor, tal y como se infiere de numerosos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional¹⁸⁸, y en este sentido creemos que el sostener el carácter abierto de la enumeración del art.7 responde, efectivamente, a una mejor protección.

En segundo término y, desde una perspectiva más concreta, entendemos que dicha interpretación viene avalada por las siguientes circunstancias:

- a) La peculiar naturaleza de los derechos objeto de protección.
- b) La propia Ley del 82.

a) La peculiar naturaleza de los derechos objeto de protección:

Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen son relativos (en cuanto a su contenido,

¹⁸⁸STC 34/1983, de 6 de mayo, FJ3, BOE n°120, 20 de mayo, en la que se nos dice que las leyes han de ser interpretada en la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales.

La STC 32/1987, de 10 marzo, FJ3, BOE n°71, 24 marzo establece, por ejemplo, que "en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos". Esta misma idea late en pronunciamientos posteriores como son las SSTC 115/1987, de 7 julio, FJ1, BOE n°180, 29 julio; 117/1987, de 8 julio, BOE n°180 29 julio; 1/1989, de 16 enero, FJ3; 32/1989, de 13 de febrero, FJ2, que siguiendo a la STC 1/89 nos dice que la interpretación más favorable exige <<la existencia de alguna res dubia o de alguna variante admisible en la interpretación de los preceptos legales>> ya que en otro caso, no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y alcance que las propias leyes no consienten.

si bien se entiende)¹⁸⁹ y, en cierto modo, circunstanciales, tienen una dimensión temporal que impide dar un concepto de contornos precisos, lo cual ha sido reconocido por el legislador, que consciente de tales limitaciones, acude a una configuración puramente negativa, mediante la enumeración en ese art.7 de los hechos constitutivos de intromisión ilegítima, remitiéndose a los usos sociales como criterio delimitador último.

Desde esta perspectiva, su contenido no se puede determinar apriorísticamente, sino que se fijará atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, dejando siempre a salvo, claro está, la dignidad de la persona humana de la que derivan¹⁹⁰.

Precisamente, en este sentido DE CASTRO nos enseña que se trata de valores relativos valorados no sólo de modo diverso según lugar y tiempo sino, sobre todo, según grupos o

¹⁸⁹La STS de 28 de octubre de 1986 (Ar.6015) señaló: "La protección de los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización, correlativa a la índole de los mismos".

¹⁹⁰Pues entendemos que la dignidad de la persona es la causa primera y última del necesario reconocimiento de derechos como fundamentales. Este sentido se desprende con claridad del art.10 de la Constitución Española de 1978 que establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social". Precisamente, así es interpretado, reiteradamente, por el Tribunal Constitucional, vgr. SSTC 53/1985, de 11 abril, FJ8, BOE n°119, 18 de mayo; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ3, BOE n°307, 23 diciembre; 179/1991, de 19 septiembre, FJ3, BOE n°243, 10 octubre; 214/1991, de 11 de noviembre, FJ1; 40/1992, de 30 marzo, BOE n°109, 6 mayo; 57/1994, de 28 de febrero, FJ5A; 76/1995, de 22 mayo, FJ4.

ambientes. "Lo que un círculo estima como infamante, otro lo verá como motivo de vanagloria o de útil propaganda"¹⁹¹.

Por todo ello, no nos queda sino concluir que la naturaleza de estos derechos de la personalidad y su innegable dimensión social¹⁹², junto con la necesidad de coordinarlos con otros bienes y derechos, implica la variabilidad de su contenido a expensas del devenir social y tecnológico de la comunidad en la que toda persona se desenvuelve. Mutabilidad ésta que está en abierta pugna con cualquier pretensión de encasillamiento o enumeración taxativa.

b) La propia LO 1/1982:

Sin necesidad de proceder a una interpretación forzada de la misma, también, parece claro el carácter abierto de la enumeración del art.7, por cuanto ésta dispone en su art.1º que "el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas¹⁹³ de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica".

¹⁹¹DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, op.cit., pág.18.

¹⁹²Sobre la dimensión social de estos derecho incidimos a propósito del estudio de la pertinencia del criterio delimitador de los usos sociales, vid infra.II.2.Los usos sociales.

¹⁹³El subrayado es nuestro.

Asimismo, la propia Exposición de Motivos dista mucho de referirse a lo que sería un ilícito civil tipificado, puesto que afirma que la Ley recoge en términos de "razonable amplitud", pareciendo aludir con esta expresión no al carácter exhaustivo, sino suficientemente indicativo de los supuestos de ilicitud que pueden darse en la vida real y, advierte que "además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

Consiguientemente, el ánimo del legislador plasmado en la Exposición de Motivos se nos presenta como un valioso instrumento hermenéutico¹⁹⁴ que debe llevar al intérprete a la conclusión de que se trata de una enumeración abierta, toda vez

¹⁹⁴La carencia de valor normativo de los preámbulos no es óbice para que éstos desempeñen otras funciones, ya que "es frecuente que sean puestos en conexión con la voluntad del legislador de modo que serían vehículo formal por medio del cual aquélla suele expresarse para poner de manifiesto la intención que ha guiado a la aprobación de la Ley" (DIEZ-PICAZO, L.Mª, en "Los preámbulos de las leyes", ADC, 1992, págs.518 y ss.).

Así pues, son un instrumento hermenéutico que nos permite llevar a cabo una interpretación histórica. Si bien, el argumento histórico recogido en el art.3.1º del C.C. tiene un valor secundario ya que no puede prevalecer sobre los otros cánones hermenéuticos. En el caso concreto de la LO 1/1982 nos sirve para corroborar el carácter abierto de la enumeración contenida en el art.7 pero no la justifica.

Debemos precisar, siguiendo a este mismo autor, que nos referimos a <<exposición de motivos>> por ser el término usado más frecuentemente, pero en puridad se trataría del preámbulo puesto que es así como se denomina el texto explicativo que se incorpora definitivamente al texto. Por exposición de motivos, en sentido técnico-jurídico, se entiende el documento que debe acompañar a todo acto de iniciativa legislativa.

que el propio art.7 no contiene expresión alguna que lo desvirtúe o impida.

i).-EL DERECHO A LA INTIMIDAD:

Adentrándonos ya en el estudio del hecho generador de responsabilidad civil a tenor de la LO 1/1982, resulta inexorable partir de su art.7, cuyo análisis sistemático nos sitúa en primer lugar ante el derecho a la intimidad¹⁹⁵, toda vez que los cuatro primeros apartados se refieren, precisamente, a las intromisiones que vulneran este derecho.

El concepto mismo de intimidad es inseguro y relativo¹⁹⁶, de ahí que hayan sido muchos y de muy diversa índole los intentos de aproximación, de los que han resultado diferentes teorías, algunas de carácter objetivo como la de las esferas

¹⁹⁵Nos referimos a la intimidad prescindiendo de un análisis etimológico de este término y utilizándolo como sinónimo de vida privada o vida íntima por entender que en lo que se refiere a la aplicación de esta ley tal distinción carece de consecuencias jurídicas. No ocurre lo mismo con la L.O.5/1992, 29 de octubre. Sobre este punto, vid. infra II.C).-La LO 5/1992.

¹⁹⁶Sobre la relatividad de este derecho vid.IGARTUA ARREGUI, F. "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989", CCJC, enero-marzo 1989, n°19, pág.275.

Asimismo, ROMERO COLOMA, A.Mª (*Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Edit.Bosch, Barcelona, 1984, pág.48), nos dice "es muy difícil definir el concepto de intimidad y, sobre todo, llegar a una delimitación correcta y de aplicación general del mismo, ya que la acepción de intimidad varía de unos países a otros, es distinta para distintos niveles socioculturales y difiere, incluso, de unas personas a otras, dentro del mismo país y del mismo estrato sociocultural, según la concepción que el individuo tenga de la vida y dependiendo también de su carácter".

o la del mosaico¹⁹⁷ y otras de carácter subjetivo que atienden fundamentalmente a circunstancias personales del titular del derecho.

En concreto, la teoría de las esferas, defendida ya por DE CASTRO distingue tres zonas en las que la protección va de menos a más, esto es:

1) Una zona pública: que corresponde a la actuación y responsabilidad de los hombre públicos,

2) Una zona privada: referida a los actos de los hombres no públicos y de los hombres públicos en lo que no afecte a su actuación como tales, y

3) Una zona secreta o confidencial: la cual abarcaría la

¹⁹⁷Esta teoría nace, según los autores que la suscriben, para superar las lagunas provocadas por la teoría de las esferas sobre todo en relación con el tratamiento de datos, sobre su justificación y postulados. MADRID CONESA, F. (*Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho*, Edit. Universidad de Valencia, Valencia, 1984, págs.38 a 45, sobre todo 44-45) nos dice que "la teoría del mosaico tiene como presupuesto el hecho de que lo privado y/o público son conceptos relativos pero, aquí radica el primer logro de esta teoría, relativos en función de quién sea el otro sujeto de la relación informativa. No es, pues, que haya informaciones o datos entre sí privados o públicos, sino que ese carácter va a venir determinado por el carácter de la relación informativa que se establece entre dos sujetos. El segundo gran avance de esta teoría respecto de la de las esferas radica en que ha servido para poner de relieve que existen datos que a priori irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad del ciudadano, al igual que ocurre con la pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significado". Sobre estas afirmaciones participamos plenamente de la opinión de RUIZ MIGUEL, C. (*La configuración constitucional del Derecho a la intimidad*, op.cit., pág.79), quien afirma el carácter complementario no excluyente de la teoría del mosaico con relación a la de las esferas, si bien discrepa respecto de que lo privado es relativo argumentando que "lo es sólo relativamente, valga la redundancia. Sigue habien aspectos que objetivamente, sustancialmente, son íntimos o privados y, en consecuencia son merecedores de tutela. Quizá lo relativo es lo público, y hay ciertos datos públicos que pueden tener conectados entre sí una transcendencia para la intimidad. Lo cierto es que la teoría del mosaico permite dar cabida a los problemas que suscita la intimidad informática".

correspondencia confidencial, diarios íntimos, etc¹⁹⁸.

Como podrá comprobarse a través del estudio de cada uno de los apartados del art.7 referidos al derecho a la intimidad parece que esta última teoría es la que ha inspirado básicamente al legislador y, en esa medida, es asumida también por la jurisprudencia pues la protección dispensada se reconduce a ámbitos o zonas reservadas, criterio que, a nuestro juicio, se subjetiviza posteriormente por la alusión en la propia ley a los usos sociales y a los actos propios del titular del derecho.

En cualquier caso, hasta el momento tenemos tan sólo una frágil aproximación al contenido de este derecho pues, como ha puesto de relieve PÉREZ LUÑO, parece ser tributo inevitable de los conceptos y categorías más recurrentes en la teoría jurídica, en este caso el derecho a la intimidad, adolecer de un déficit de intensión conceptual proporcionalmente inverso a la extensión de su uso¹⁹⁹. Esta afirmación, no es óbice, sin embargo, para que intentemos aproximarnos al significado jurídico de su contenido²⁰⁰.

¹⁹⁸Cfr. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, op.cit., pág.19.

¹⁹⁹Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", en la obra colectiva *Problemas actuales de los Derechos Fundamentales*, Edit.Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, págs.312-313.

²⁰⁰En este empeño, trataremos de encontrar el punto de equilibrio entre dos extremos en los que habitualmente se suele incidir al intentar definir este derecho: Por un lado, el deseo de mantener la fidelidad a la significación primigenia de la intimidad radicandola en la esfera del <<fuero

En términos generales, desde el punto de vista de las facultades que confiere este derecho, podemos convenir con RIVERO que actualmente es aceptada la doble configuración del derecho a la intimidad, así al tradicional aspecto negativo se le añade, hoy, un aspecto positivo²⁰¹.

Junto con la idea de exclusión que encierra la concepción de este derecho como un modo de ser negativo de la persona²⁰² o como *the right to be let alone*, -célebre frase atribuída al juez COOLEY²⁰³-, puede afirmarse también que el derecho a la intimidad confiere a su titular un poder de control de todos

interno>>, de la soledad, el ensimismamiento y el autoconfinamiento personal, puede llevar a situar este derecho en el plano de lo inefable y carecer de cualquier operatividad jurídica; por otro lado, si se toma como punto de referencia sus implicaciones y proyecciones intersubjetivas en el ámbito del <<fuero externo>> se cierne la amenaza de deformar la intimidad, de cosificarla, de diluirla en un conjunto de tópicos sociales y en suma de alienar la intimidad en su antónimo, es decir, en la <<alteración>>; o sea, en que deje de ser sí misma para verse traída, llevada y tiranizada por lo otro. Cfr. PÉREZ LUÑO, A.E., "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", op.cit., págs.314-315.

²⁰¹Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", op.cit., págs.75 y 76.

²⁰²Esta idea es recogida, entre otros, por CARNELUTTI, F., "Diritto alla vita privata", RTDP, 1955, págs.5 y ss.; GIAMPICCOLO, G., "La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza", RTDPC, 1958, pág.459 (quien afirma que "L'interesse della privacy (...) riflette unicamente l'aspirazione del soggetto a conservare quella tranquillità di spirito, quella pace interiore, che al suo modo d'essere privato si ricollega e che una pubblicità indesiderata turberebbe"); DE CUPIS, A., "I diritti della personalità", en la obra colectiva "Trattato di Diritto Civile Commerciale", Tomo I, Edit.Cedam, Padua, 1959, págs.256-257 (quien concretamente señala que "la riservatezza può definirsi come quel modo di essere della persona il quale consiste nella esclusione dalle altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima"). También IGLESIAS CUBRÍA, M. ("El derecho a la intimidad", Discurso Inaugural del Año Académico 1970-1971, Universidad de Oviedo, Edit.Universidad de Oviedo, págs.26 a 28) se refiere a la idea de exclusión cuando aborda el problema de la naturaleza jurídica del bien protegido. En la misma línea, BATLLE SALES, G., *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Edit.Marfil, Alcoy, 1972, pág.17

²⁰³Citado por PROSSER, W., *Prosser and Keeton on Torts on The Law of Torts*, Edit.West Publishing Co., St.Paul, Minn., 1984, pág.849.

los datos e información propia de su persona, y así lo ha reconocido recientemente el Tribunal Constitucional al afirmar que, ante el incremento de los medios técnicos de tratamiento de la información, se hace necesario ampliar el ámbito del derecho a la intimidad para así poder restringir las intromisiones en la vida privada, por todo ello concluye que "la garantía de la intimidad adopta en nuestros días un contenido positivo en forma de control sobre los datos relativos a la propia persona"²⁰⁴.

Por consiguiente, el derecho a la intimidad, estrechamente vinculado a la dignidad de la persona (art.10 CE), implica por un lado, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás²⁰⁵. De una forma muy expresiva PUGLIESE lo ha definido como el derecho a tener lejos de la esfera de reserva ojos y oídos indiscretos²⁰⁶. Es más,

²⁰⁴STC 254/1993, 20 de julio, FJ7, BOE nº197, 18 agosto 1993.

A su vez este pronunciamiento se recoge expresamente en la STC 143/1994, 9 mayo, FJ7, BOE nº140, 13 julio 1994, al denegar el amparo solicitado por el Consejo General del Colegio de Economistas basado, entre otros motivos, en la supuesta vulneración del derecho a la intimidad como consecuencia de la regulación de la tarjeta del NIF. Con anterioridad a esta sentencia el Tribunal Constitucional aludía fundamentalmente al aspecto negativo vgr.STC 73/1982, 2 diciembre, FJ5, BOE nº312, 29 diciembre; 209/1988, 143/1994.

²⁰⁵En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. ("El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", ADCP, 1988, pág.599) afirma que "la intimidad es el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad. Es un ámbito personal, reservado de la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde se enraiza la personalidad".

²⁰⁶Cfr. PUGLIESE, G., "Il diritto alla <<riservatezza>> nel quadro dei diritti della personalità", Riv.Dir.Civ., 1963, I, pág.608. Concretamente este autor afirma que "per diritto alla riservatezza si intende non il diritto di essere <<riservati>>, di comportarsi <<con riservatezza>>, bensì il diritto di tenere lontani de tale sfera di riserbo occhi e orecchi indiscreti e di impedire la divulgazione di proprie parole, scritti o, in genere, atti e vicende rientranti nella sudetta sfera".

hoy se considera necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida²⁰⁷.

Por otro lado, confiere a su titular la capacidad y los medios necesarios para evitar su manipulación e instrumentalización.

Positivamente, en primer término, el derecho a la intimidad se configura en la LO 1/1982, -art.7.1º y 2º-, como sigue: Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas: 1º "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas", y 2º "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción".

Del análisis del contenido de ambos apartados, cabe preguntarse, como punto de partida, si es posible la intromisión sin aparatos. En este sentido, consideramos que la

²⁰⁷Vgr. STC 197/1991, 17 octubre, FJ3, BOE nº274, 15 de noviembre, en la que se deniega el amparo solicitado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1989 (Ar.1213) y se repite parte de su fundamentación. En esta última, el Tribunal había declarado la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la recurrida, la famosa actriz Sara Montiel, producida como consecuencia de la divulgación en un medio periodístico de la filiación de uno de sus hijos, mediante la alusión a oscuras circunstancias relativas a la adopción, como por ejemplo el hecho de haberla adquirido mediante precio.

respuesta ha de ser negativa porque si bien el elenco de conductas que se recogen en el art.7 tiene un carácter meramente orientativo, ello no significa que la subsunción de nuevos supuestos esté exenta de cualquier analogía o semejanza con los que expresamente se incluye el legislador en dicho precepto.

Por consiguiente, no podemos compartir la opinión de SALVADOR CODERCH cuando afirma, -mediante un *razonamiento ad maius*, según sus propias palabras-, que: "si es intrusión dejar un micrófono, más lo será dejar una espía"²⁰⁸.

Del tenor literal de ambos apartados, merece, asimismo, ser destacada la amplitud de su reconocimiento, sobre todo respecto al apartado 1º, que se desprende del empleo de términos como "emplazamiento" y "cualquier lugar"²⁰⁹, lo cual,

²⁰⁸SALVADOR CODERCH, P., *El Mercado de las ideas*, op.cit., pág.308.

²⁰⁹No obstante, incluso fuera de los supuestos previstos en la L.O.1/1982 puede hablarse del reconocimiento del derecho a la intimidad en términos de gran amplitud, baste a tal efecto recordar por ejemplo que la STC 45/1989, 20 de febrero, BOE nº52, de 2 de marzo, declaró inconstitucional el art.34 de la Ley 44/1978, 8 de septiembre que se refería al régimen de tributación conjunta de los esposos en el IRPF, por vulnerar, entre otros, el derecho a la intimidad recogido en el art.18.1 CE. Así en el fundamento jurídico 9º señala las razones que llevan a tal conclusión y que a continuación recogemos: "La primera de ellas reside, como es evidente, en su propia debilidad. Es cierto que en el régimen legal de gananciales, ambos cónyuges están obligados a informarse periódicamente sobre la situación y rendimientos de sus respectivas actividades económicas (art.1383 CC) y que en él, como en los que con carácter legal existen en las diversas partes del territorio nacional (...) las ganancias de cada uno de los cónyuges se hacen comunes a los dos, pero ni éste es el régimen legal de toda España, en una parte sustancial de la cual el régimen legal es, por el contrario, el de separación, ni, sobre todo, es la base de nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio se basa en la libertad de capitulaciones (art.1315 CC), que no puede dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo (art.68 CC) no de contribuir a los gastos comunes en una u otra forma, pero que sí les autoriza, claro está, a mantener en su

sin embargo, no resulta sorprendente si tenemos en cuenta que con la conducta descrita en ese apartado la vida íntima de la persona se pone en grave peligro. Por esta razón y por tratarse de una amenaza intolerable, lo que sería una intromisión ilegítima en potencia es considerada por el legislador como intromisión ilegítima actual.

Esta circunstancia, sin embargo, en el apartado 2° se ve aminorada pues en él se habla ya de "utilización", lo cual no impide afirmar que dicha previsión legislativa responde, igualmente con amplitud, a la idea de salvaguardar el normal desarrollo de la vida de las personas, de ahí que consideramos que no existe inconveniente alguno para inferir que el término "utilización" sin ninguna otra matización ulterior pueda entenderse referido a cualquier lugar en el que la vida íntima de una persona sea susceptible de desarrollo.

relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas. El límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico-matrimonial, no por la ley fiscal y, en consecuencia, no puede ésta imponer la necesidad de romperla frente al otro cónyuge ni arrojar sobre éste la carga de declarar, cuantificándolos, los ingresos percibidos por su esposo o esposa, en contra de la voluntad expresa de ésta o éste.

Porque de lo que se trata es, en efecto, y con ello pasamos a la segunda de las razones antes mencionadas, de que en su forma actual la regulación de la declaración única y conjunta de los esposos impone a cada uno de ellos el deber de denunciar a la Hacienda Pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre su respectivo cónyuge en la estimación de sus propias rentas. La obligada manifestación pública de una discordia en el seno de la familia no es compatible con la intimidad familiar.

El razonamiento podría continuarse, sin duda, tomando en consideración aquellos supuestos, bien posibles en la práctica, en los que la comunicación de los esposos se ha roto de manera ocasional o no, pero en todo caso sin que tal ruptura se haya traducido en una modificación de la situación jurídica del matrimonio, de tal modo que la actuación conjunta ante la Hacienda obligaría a restablecer, con este solo fin, una relación que violenta la intimidad de las personas."

Por consiguiente, el supuesto de hecho que la norma recoge no se constriñe al domicilio, pudiendo abarcar, por ejemplo, el lugar de trabajo, de vacaciones, o cualquier otro sitio donde sea posible el desarrollo de la esfera privada de la persona²¹⁰.

En esta misma línea consideramos muy acertado el empleo de expresiones como "cualquier otro medio apto", sobre todo, ante el vertiginoso avance de la técnica puesto que esa fórmula permite la subsunción futura de nuevas formas de invasión.

Por lo demás, la referida amplitud es perfectamente coherente con el espíritu tuitivo que emana de la LO 1/1982 por cuanto en ésta no sólo se contempla la posibilidad de accionar contra conductas ya realizadas, sino también en previsión de futuras acciones que vulneren cualquiera de los tres derechos objeto de protección puesto que en el art.9.2º se establece que "la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno ejercicio de sus derechos, así como prevenir o impedir intromisiones ulteriores(...)"²¹¹.

²¹⁰Incluso, en un afán de expansión del supuesto de hecho de la norma SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. ("Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit., pág.66), afirma que podría esgrimirse para impedir el seguimiento ininterrumpido en la calle y en lugares públicos, en la medida en que así se impida el normal desenvolvimiento de la vida del afectado y se produzca un hostigamiento irrazonable.

²¹¹El subrayado es nuestro.

Finalmente, por lo que se refiere al apartado 2°, además de que, como dijimos, ilegítima la utilización de los mismos aparatos mencionados en el apartado anterior, también ilegítima la utilización de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios.

Pues bien, por lo que atañe a la utilidad de dicha alusión, como podría resultar redundante, ya que, en definitiva, puede entenderse englobado bajo el enunciado de "cualquier otro medio apto para el conocimiento de la vida íntima de las personas", es preciso entenderla referida, para que tenga algun valor, a la utilización de esas manifestaciones o cartas sin aparatos; utilidad que no sólo se hace patente frente al párrafo 3° del art.7 en el que no se hace la salvedad de "no destinadas", sino que, además, en el párrafo 2° lo que se considera ilegítima es la mera utilización, mientras que, como se verá, en el párrafo 3° se refiere a la "revelación" o "publicación", de ahí que tenga sentido su previsión anterior para poder considerar ilegítima la mera utilización.

La zona más íntima de la persona, la que DE CASTRO denomina confidencial o secreta es, asimismo, objeto de protección en el apartado 3° del art.7 a tenor del cual tendrá la consideración de intromisión ilegítima "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros

escritos personales de carácter íntimo".

Nos encontramos, en primer lugar con que el requisito de la divulgación resulta indispensable para que la intromisión se reputa como ilegítima, en tal sentido la interpretación del mismo hecha por nuestros Tribunales con relación al derecho al honor es perfectamente extrapolable. Consiguientemente, el dejar constancia de algo con relación documentada o proyectada exclusivamente a las personas afectadas e interesadas no se considera con entidad suficiente para que se produzca el efecto de la divulgación, sino que ha de consistir en la propagación a terceros con publicidad rebasante de ese simple acto informativo²¹².

No obstante, a pesar de lo que pudiera parecer, este requisito en ocasiones es interpretado con cierta laxitud no siendo necesaria la constatación efectiva de esa divulgación, siendo suficiente la aptitud de la conducta para producir el efecto de la divulgación.

Así, el envío de cartas intimidatorias a un moroso en las que se exteriorice parte de su contenido mediante una alusión al efecto hecha en la parte externa del sobre se entiende que cumple dicho requisito. Es el caso de la Sentencia de 30 de

²¹²Vgr.STS 5 mayo 1988, FJ2 (Ar.3880).

No obstante, no es preciso que la publicidad se haga por medio de la prensa escrita o hablada, aunque sea lo más frecuente, en este sentido vid. STS de 23 de marzo de 1993, FJ5, (Ar.3303).

diciembre de 1995²¹³, relativa al envío de una carta en cuyo sobre se decía textualmente: <<Insistimos en la necesidad de que se ponga en contacto con nosotros y pague lo que debe factura "Muebles La Areuyense" de 487.948>>. El Tribunal consideró que la forma de manifestarse la empresa reclamante, no deja lugar a dudas, por mucho que sea el deber de silencio del cartero, sobre su intencionalidad de provocar eventualmente entre los convecinos -no se olvide que en la práctica suele ser el portero quien se encarga de distribuir la correspondencia por los buzones interiores-, el rumor sobre la morosidad del destinatario de la misiva, circunstancia que al margen de su certeza, el hecho mismo de que se produzca la divulgación tiene por fin atemorizar y coaccionar al deudor para que pague la cantidad que se reclama.

Ya por lo que se refiere a la alusión a la "vida privada", consideramos que ésta, la vida, no debe entenderse simplemente como sinónimo de su existencia física, sino que con ella se quiere hacer referencia al patrimonio moral de la persona que es extremadamente amplio, abarcando todo clase de referencias inmanentes a la persona como soporte físico de una realidad espiritual, por ejemplo las relativas a las creencias, profesión, estado civil, hábitos de vida, así como lo relacionado con la salud.

²¹³Vid. los fundamentos jurídicos 3 y 4, (Ar.9619).

En este entendimiento, la expresión "vida privada" comprende todos los datos, biológicos, espirituales y caracteriológicos que componen el ser integral de la persona²¹⁴.

Quizá lo más llamativo de este apartado sea la alusión por primera vez a la familia. Téngase en cuenta que la LO 1/1982 al desarrollar el art.18.1 CE no sólo protege la intimidad personal, sino también la familiar, si bien es cierto que esta última vertiente, como señala RUIZ MIGUEL, ha tenido escaso juego en la jurisprudencia constitucional española, en comparación sobre todo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹⁵, de cuyo tratamiento, siguiendo a ese mismo autor, pueden destacarse las siguientes conclusiones: 1) no se permite distinguir entre familia legítima e ilegítima y 2) además de los vínculos paterno-filiales abarca los existentes entre los parientes más cercanos como abuelos, nietos, en la medida en que aquéllos puedan jugar un papel importante en la vida de éstos.

²¹⁴Lo que, por otra, parte no es óbice para que, en algunas ocasiones y, habida cuenta de que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto (STC 73/82, de 2 de diciembre, FJ5, se impongan limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula y se permitan intromisiones, así por ejemplo el Tribunal Supremo ha declarado (Sentencias de 1 de marzo (FJ3º) y 18 mayo de 1994 (FJ1º) -Ar.1634 y 4092 respectivamente-) que la obligación al sometimiento a la prueba biológica de la paternidad no lesiona este derecho, ya que en los casos de filiación prevalece el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en cuanto que están en juego los derechos de alimentos y sucesión de los hijos que son objeto de especial protección por el art.39.2º CE. No obstante, este punto es objeto de análisis en el Capítulo IV, en el que se analizan las causas que excluyen la antijuridicidad.

²¹⁵Cfr. RUIZ MIGUEL, C., *La protección de la vida privada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Edit.Civitas, Madrid, 1994, págs.34 y ss.

A pesar de que la jurisprudencia en este punto no es muy prolija, sí existen en nuestro ordenamiento pronunciamientos concretos que abordan la cuestión. En este sentido, es ya famosa la Sentencia del Tribunal Constitucional 231/1988²¹⁶ relativa a la comercialización de un vídeo del admirado torero Paquirri que, al declarar la nulidad de la STS 28 octubre de 1986²¹⁷, reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante señalando al efecto que el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial relación o vínculo existente con ellos, que inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art.18 de la CE protegen.

Sin duda, "será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida

²¹⁶De 22 de diciembre, FJ4, la cual dió lugar a un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo: la Sentencia de 25 de abril de 1989 (Ar.3260).

²¹⁷Fundamento jurídico 7 *in fine*, (Ar. 6015). Concretamente el origen de esta Sentencia está en el recurso interpuesto por la entidad demandada, el Tribunal declaró haber lugar al recurso casando y anulando la Sentencia de la Audiencia y manteniendo la del Juzgado que había estimado parcialmente la demanda interpuesta por la viuda del famoso torero, la también famosa Isabel Pantoja (en la que se declara que se le paguen 20 millones, ella había pedido 40).

publicidad o difusión inciden directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho - propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible"²¹⁸, siendo, en el caso de esta Sentencia, el vínculo legitimador el matrimonio, pues se trata de la demanda interpuesta por su viuda.

En el momento presente, en el contexto en el que nos movemos²¹⁹, el concepto de familia que debemos manejar es el que se desprende de nuestra Constitución. En este entendimiento, es preciso afirmar que ésta comprende tanto la que tiene su origen en el matrimonio como cualesquiera otros modos de convivencia en los que se dé análoga relación de afectividad, siendo en ambos casos irrelevante el que se tenga o no descendencia²²⁰.

²¹⁸Este razonamiento se repetirá en sucesivos pronunciamientos, por ejemplo en el fundamento jurídico 3° de la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/91, de 17 de octubre, BOE n°274, 15 de noviembre, que reconoce que el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación, aspectos que por esa relación o vínculo familiar inciden en la esfera de la personalidad del individuo. Más recientemente, se confirma en el fundamento jurídico 2° de la STC 190/1996, de 25 de noviembre, BOE n°3, 3 de enero de 1997.

²¹⁹Es preciso hacer esta salvedad puesto que es necesario poner de relieve que en el ámbito en el que nos movemos, esto es la protección del honor, la intimidad y la propia imagen, no existen diferencias entre la uniones more uxorio y las que tienen su origen en el matrimonio, si bien con relación a otros efectos sí es lícito hacer distinciones. En este sentido, vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Las parejas de hecho", Ar.Civ., 1993, págs.1823 y ss.

²²⁰Concretamente, en este sentido, el fundamento jurídico 5° de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, BOE n°16, 19 enero 1993 nos dice que: Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y otra, sino también por el mismo sentido amparador o tuitivo con el que la norma fundamental considera

Pero, incluso en este ámbito, esto es, la protección civil de la intimidad, podría irse más allá, sobre todo si tenemos en cuenta el talante abierto de la interpretación del Tribunal Constitucional, en el sentido de que el adjetivo familiar no sólo abarque al núcleo tradicional aludido anteriormente sino también a aquellas otras personas con las que, además de un parentesco más o menos próximo o al margen del mismo, exista una relación de afectividad consecuente o análoga a dicho vínculo. Si bien, cuanto más nos alejemos de la relación parental más difícil será la prueba de la existencia de una relación de afecto que permita hablar de intimidad familiar tal y como la concibe la jurisprudencia.

Asimismo, a propósito de la literalidad de este apartado, concretamente en lo que respecta al requisito de la afectación de la "reputación y buen nombre", podría pensarse que se trata de una azarosa redacción o de un capricho del legislador, porque si bien es cierto que en muchas ocasiones es difícil deslindar el derecho a la intimidad del derecho al honor, en esta ocasión, podría parecer que se buscara deliberadamente la

siempre a la familia y, en especial, en el art.39, protección que responde a imperativos ligados al carácter <<social>> de nuestro Estado (arts.1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la constricción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura -en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales- esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos una norma como la que se contiene en el art.39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del mismo artículo. Por tanto no puede derivarse necesariamente una diferenciación entre familias matrimoniales y no matrimoniales.

confusión de ambos derechos.

Sin embargo, ello no es así pues entendemos que realmente lo que se ha pretendido con esta previsión es limitar la protección de la intimidad a aquellos supuestos en los que se atente al derecho fundamental al honor, lo cual, no impediría interpretar tal añadido como la instrumentalización de la protección de la intimidad dependiente de la lesión de otro bien o derecho fundamental, que podría no ser el honor.

En cualquier caso, cuanto acaba de afirmarse puede ser aprovechado para insistir en la importancia de delimitar con rigor el bien jurídico de que se trate en cada momento pues la correcta subsunción de la conducta constitutiva de intromisión ilegítima es una cuestión de gran importancia, aunque con frecuencia sea infravalorada. A este respecto, no debemos olvidar, por ejemplo, que la excepción de la veracidad tiene distinta virtualidad según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, es más, respecto de éste último, en principio, no es operativa a los efectos de considerar una conducta como legítima²²¹.

Finalmente, el último inciso de este apartado alude a "la

²²¹Sobre el límite de la veracidad en el ejercicio de las libertades de expresión y de información y su distinta operatividad según el derecho con el que entren en conflicto, vid. infra Capítulo II, III.3.-Ejercicio legítimo de un derecho: Especial consideración del conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

revelación o publicación de cartas, memorias u escritos de carácter análogo". En este sentido, y por lo que se refiere a las cartas, tal y como se contempla en el apartado que estamos analizando, tanto el Tribunal Supremo, como posteriormente el Tribunal Constitucional, han señalado que la publicación de las mismas, aunque sea por parte de su autor constituye intromisión ilegítima en la medida en que su contenido penetra en el derecho a la intimidad de la persona destinataria.

Un ejemplo de lo anterior, precisamente, se encuentra en los antecedentes de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1991²²², los cuales hacen referencia a la publicación de un libro titulado "El amor universal", de unas cartas de amor cuyo autor había destinado previamente a una farmacéutica de La Coruña. De la lectura del libro en cuestión se deduce la identidad de la destinataria, no sólo por el contexto sino también porque en una de sus páginas se cita su apellido. Interpuesta la demanda por la farmacéutica tanto el Juzgado de 1ª Instancia, como posteriormente la Audiencia Provincial condenan al demandado por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la actora. Decisión que, recurrida en casación por el demandado pues considera que se trata de "una obra de ficción realizada en forma epistolar", es

²²²Vid. principalmente los fundamentos jurídicos 3 y 4, (Ar.6911).

confirmada por el Tribunal Supremo²²³.

Cuanto acaba de exponerse, puede predicarse de la memorias u otros escritos análogos. Por consiguiente, su divulgación ha de respetar los límites que impone el derecho a la intimidad de terceras personas, prevaleciendo este derecho sobre el derecho moral de autor.

En consecuencia, teniendo en cuenta que las cartas, memorias y escritos análogos pueden ser objeto de propiedad intelectual, se echa en falta una mayor coherencia entre la LO 1/1982 y el nuevo Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996²²⁴, de tal manera que se positivizase un régimen jurídico que armonizase con seguridad los derechos

²²³El pronunciamiento del Tribunal Supremo es ratificado por el Tribunal Constitucional en el AUTO n°152/1993, 24 mayo FJ 2° nos dice que "la subsunción en el tipo previsto en el segundo inciso del art.7.3° de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, ningún reproche constitucional puede merecer, en cuanto está perfectamente basada en la jurisprudencia de este Tribunal y en particular en la STC 20/1992, de 14 de febrero.

Esta afirmación no puede ser en forma alguna desvirtuada por el hecho de que quien revela las cartas de contenido íntimo sea la propia persona que las escribió, puesto que tal dato no evita la vulneración de la intimidad de la destinataria, ya que el este Tribunal si bien ha declarado en la STC 144/1984 que el <<secreto de las comunicaciones no puede oponerse sin perturbar su sentido constitucional frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida>>, tal afirmación es inmediatamente matizada añadiendo a continuación <<sin perjuicio de que esa misma conducta entre en la esfera íntima del interlocutor>> (fundamento jurídico 7°), que es precisamente, de forma indiscutible, lo que ha sucedido en este caso".

²²⁴Texto refundido por Real Decreto Legislativo 1/1996, 12 de abril, publicado en el BOE n°97, 22 de abril.

Por cuanto el art.10.1 a) de la L.P.I. establece que: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas: Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, informes forenses, explicaciones de cátedra y cualesquiera otras de la misma naturaleza".

personales en juego.

Así ocurre, por ejemplo, en el ordenamiento italiano en el que, a pesar de que el reconocimiento del derecho a la *riservatezza* puede calificarse de fragmentario pues no existe un reconocimiento expreso del mismo, la Ley de 22 de abril de 1941, de Protección del Derecho de Autor y de otros Derechos Conexos, prevé un régimen que coordina los derechos de autor con el derecho a la intimidad de las personas que se vean involucradas. Por lo que en este contexto interesa, el art.93 de la mencionada Ley exige el concurso del consentimiento del autor y del destinatario cuando por la misma naturaleza del escrito éste tenga carácter confidencial o se refiera la intimidad, sin perjuicio de la existencia de una serie de excepciones que se contemplan en el art.94, el cual establece que no es preceptivo dicho consentimiento cuando su conocimiento sea necesario en juicio, tanto civil como penal, o venga exigido para la defensa del honor o de la reputación personal o familiar²²⁵.

²²⁵El tenor literal de los artículos mencionados es el siguiente: art.93 "Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorchè abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario. Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge e dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado. Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide la autorità giudiziaria, sentito il pubblico ministero. È rispettata, in ogni caso, la volontà del defunto quando risulti da scritto".

Art.94 "Il consenso indicato dall'articolo precedente non è necessario quando la conoscenza dello scritto è richiesta ai fini di giudizio civile o penale o per esigenza di difesa dell'onore o della reputazione personale o

Para concluir con el análisis de la configuración legislativa del derecho a la intimidad, a tenor de la LO 1/1982, nos resta referirnos al párrafo 4º del art.7, a tenor del cual se considerará ilegítima "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela".

A nuestro juicio recoge, en cierto modo, lo que en páginas anteriores hemos denominado contacto social²²⁶, pero es que además nos encontramos ante un supuesto totalmente diferente a los que se contemplan en los otros apartados pues estamos ante la revelación efectuada por un profesional. En atención a lo cual, es preciso hacer notar, por una parte, que lo que se ilegítima no es la divulgación o difusión sino simplemente la revelación y, por otra parte, no es preciso que la revelación de tales datos afecte a la reputación o buen nombre.

En este sentido, por ejemplo, cabe traer a colación aquí la STS de 13 mayo de 1989²²⁷ que declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante (recurrida) como consecuencia de la comunicación

familiare".

Art.95 "Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche alle corrispondenze epistolari che costituiscono opere tutelate dal diritto di autore ed anche se cadute in dominio pubblico. Non si applicano gli atti e corrispondenze ufficiali o gli atti e corrispondenze che presentano interesse di Stato."

²²⁶Vid. infra I.1.-Fijación de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad.

²²⁷Vid. FJ1º.1 y 2, (Ar.2040).

hecha por la recurrente a la Agencia EFE mediante un teletipo en el que, refiriéndose a la demandante, conocida atleta española, afirmaba que ésta había sido sometida a determinados análisis en los que se detectó una alteración cromosómica de carácter congénito que había provocado su baja en el próximo encuentro atlético.

En lo que se refiere a la alusión a la actividad profesional u oficial, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN consideran que se otorga una protección muy amplia pues "abarca una amplia gama de secretos profesionales, cuya revelación (y no sólo divulgación) está prohibida como regla general, y sin excepción de profesiones. El sentido de la prohibición es amplio pues no se circunscribe a los datos conocidos por una relación profesional (cliente y abogado; paciente y médico), sino también por el mero ejercicio de la actividad profesional aunque no exista aquella relación (profesión que auxilia a otro en su estudio sobre la enfermedad de un paciente a este último), no requiere que la revelación perjudique ninguna reputación o buen nombre, o que implique desmerecimiento en la consideración"²²⁸.

Incluso, puede concluirse que la protección es más que extensa por cuanto no parece que sea necesario que los datos

²²⁸DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., pág.360.

revelados tengan la consideración de secretos²²⁹.

²²⁹En este punto compartimos la opinión de IGLESIAS CUBRÍA, M. (*El derecho a la intimidad*, op.cit., pág.25), quien entiende que el secreto constituye una especie dentro del derecho a la intimidad (por lo tanto si bien lo comprende, la intimidad es más amplia), así "la diferencia no radica en el mayor rigor de la tutela jurídica (...) sino en que el derecho al secreto presupone una *pretensión individualizada frente a una o varias personas* y en hipótesis frente a todos, mientras que el derecho a la intimidad es siempre frente a todos".

Asimismo, DE CUPIS, A. (Voz "Riservatezza e segreto (diritto a)", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XVI, págs.121 y ss.) considera el secreto como un aspecto ulterior del derecho a la intimidad y por su propia sustancia algo especial, enmarcando su tutela dentro del ámbito normal de la intimidad salvo los casos especialmente previstos de: 1) secreto de correspondencia puesto que "rispetto alla corrispondenza concorrono la normale tutela della riservatezza e la particolare tutela del segreto, le quali si fanno rispettivamente valere nei confronti di diversi soggetti. La prima è rivolta contro l'abuso conseguente alla *legittima conoscenza*, che alcuni soggetti hanno, del contenuto della corrispondenza, la seconda contro l'*illegittima conoscenza*, da altri soggetti conseguita, di tale contenuto.", 2) secreto documental (pág.123), "si tratta di proteggere il segreto delle documentate relazioni giuridiche della persona.", 3) secreto profesional, distinto de los anteriores "si caratterizza sotto un diverso profilo, *soggettivo*, corrispondente alla particolare qualificazione dei destinatari di certe manifestazioni personali: qualificazione che consiste nel carattere *professionale*, in ampio senso, degli stessi destinatari...trattasi di individui particolarmente destinati, da ragione di necessità, a ricevere segreti...", y 4) el secreto doméstico (pág.123-124) "la vita domestica rientra nella tutela generale della riservatezza. Ma inoltre, in relazione alla stessa vita domestica esiste anche una particolare tutela che è precisamente quella del secreto doméstico. Alla generale tutela della riservatezza corrisponde il divieto di dare pubblicità agli elementi, comunque appresi, della vita della persona nell'ambito doméstico; alla particolare tutela del secreto doméstico corrisponde il divieto di acquisire la conoscenza dei medesimi elementos di vita persona senza il consenso della persona. Pur conoscendosi legittimamente como se svolge la vita della persona nel detto ambito doméstico, non farsene indiscreta pubblicità; e per di più l'acquisizione di quella conoscenza non può avvenire senza il consenso della persona". Asimismo GIORGIANNI, M. ("La tutela della riservatezza", *Riv. Trim. Diritto e Procedura Civile*, 1970, pág.27) es partidario de no distinguir entre hechos secretos y hechos privados. Concretamente este autor afirma que "Per quanto riguarda il supposto limite del segreto, ci sembra più esatta l'opinione che non ravvisa possibile operare distinzioni tra i fatti segreti e fatti riservati. Una unica distinzione può farsi con riguardo al comportamento dell'interessato, il quale abbia dimostrato di non voler conservare il riserbo su un certo fatto e una certa categoria di fatti, comme avviene per taluni personaggi che a scopo reclamistico usano permettere (ed anzi sollecitare) che i fatti della loro vita intima vengano divulgati. Ma allora la tutela viene a cessare perché il fatto non è più <<riservato>>".

No obstante, existen autores que reivindican tal diferenciación. Así, MASSIMO BIANCA, C. (*Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Edit.Giuffrè, Milán, 1984, págs.168 a 170), considera que se protegen hechos distintos, mientras que la intimidad preservaría al sujeto frente a la curiosidad pública, el secreto lo protegería frente a la curiosidad individual.

Por su parte, ROJO AJURIA, L. ("La tutela civil del Derecho a la intimidad", *ADC*, 1986, I, pág.158) señala que la intimidad y el secreto son cuestiones diferentes que necesitan un tratamiento diferenciado.

En este sentido, compartimos la interpretación jurisprudencial del número 4 del art.7, que entiende que no es necesario, para que se aprecie la existencia de intromisión ilegítima, que los datos revelados tengan la consideración de secretos porque en la esfera privada se incluyen aquellas circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen sin embargo el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y tranquilidad de los titulares particulares, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la Ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular, y merece también protección la personalidad frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de si son ciertos o inciertos²³⁰.

En conclusión, la amplitud de los términos en que se reconoce el derecho a la intimidad nos aproxima al concepto de *privacy* que se ha forjado en los últimos tiempos en el derecho americano²³¹, en virtud del cual se tutela el interés general

²³⁰ Así se desprende de las SSTs de 20 de febrero de 1989 (Ar.1213) y, más recientemente la STS de 26 de julio 1995, FJ9, (Ar.6596).

²³¹ Sobre la experiencia americana de este derecho, su desarrollo y evolución jurisprudencial, vid. Voz: "Right of Privacy", en *Corpus Juris Secundum. A contemporary statement of American Law as derived from reported cases and legislation*, Tomo 77, Edit. West Publishing Co., St Paul, Minn., 1994, págs.481-583, especialmente págs.481-488.

de la persona de evitar la divulgación de cuestiones muy personales y se protege, asimismo, su autodeterminación en la medida en que la existencia de una zona reservada proporciona seguridad emocional que evita mediatizaciones.

ii) .-EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN:

Siguiendo con un análisis sistemático de la LO 1/1982²³², nos encontramos con los apartados 5 y 6 del art.7 en los cuales se hace referencia a las conductas generadoras de responsabilidad por vulneración del derecho a la propia imagen. A tenor de sus propios términos, tendrán la consideración de intromisión ilegítima "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los caso previstos en el artículo 8°.2" y, "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga", respectivamente.

Antes de analizar el contenido concreto de estos artículos, creemos oportuno detenernos en una cuestión previa, a nuestro juicio, de esencial importancia puesto que mediatiza sensiblemente el ámbito de protección de este derecho: ¿se puede afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la propia imagen es un derecho con sustantividad propia o, por el contrario, su reconocimiento está englobado en los otros derechos de la personalidad?.

En efecto, se trata de una cuestión importante por las

²³²Sistematización que responde a la idea de agrupar los distintos apartados del art.7 por derechos.

consecuencias que de ella se derivan, tanto de orden sustantivo, como procesal. Desde el primer punto de vista, la consideración del derecho a la propia imagen como autónomo respecto de la intimidad y del honor, permitiría afirmar el nacimiento de responsabilidad civil con ocasión de la producción de un acto que lesione sólo el este derecho. Igualmente, desde la perspectiva procesal una respuesta positiva permitiría evaluar separadamente los daños irrogados a la persona en los distintos derechos, con independencia de que la pretensión se sustancie en una única demanda.

Esta cuestión ha recibido respuestas de muy diversa naturaleza que van, desde la negación del derecho a la propia imagen, hasta la vinculación a otros derechos como el propio cuerpo, el honor, etc,²³³.

En nuestra doctrina, salvo algunas excepciones como por ejemplo PÉREZ LUÑO que considera el honor, la intimidad

²³³Así por ejemplo, CASTÁN TOBEÑAS, J. ("Los derechos de la personalidad", op.cit., pág.56) considera que la imagen es una forma o derivación de la protección del honor.

En cualquier caso, se ha especulado mucho con este problema lo cual ha dado lugar a la formulación de muy diversas teorías, cuyo análisis excede el estudio que nos hemos propuesto. Por todas ellas, vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., ("Imagen, (Derecho a la propia)", *NEJ*, Seix, Barcelona, Tomo XI, 1979), quien concretamente recoge la opinión y fundamentos de: 1) quienes niegan el derecho a la propia imagen (SCHUSTER y KOHLER), pág.320, 2) quiénes consideran este derecho como perteneciente al derecho al honor, págs.320-324, 3) aquéllos otros que lo conciben como un manifestación del propio cuerpo, pág.325, 4) incluso los que lo consideran una faceta del derecho a la identidad personal, págs.325-326, 5) quiénes lo entienden comprendido en el derecho a la reserva de la vida privada, págs.326-328, y 6) aquéllos que enlazan el derecho a la propia imagen con la idea de libertad del individuo, pág.328.

personal y familiar y la propia imagen como un único derecho²³⁴, las soluciones aportadas pueden ser, básicamente, reconducidas a dos: o bien se afirma su autonomía respecto de los demás derechos de la personalidad, o bien se considera una manifestación del derecho al honor o a la intimidad.

Dentro de los autores que apuestan por la sustantividad y, por tanto, por la autonomía del derecho a la propia imagen respecto de los demás derechos de la personalidad, podemos destacar, ya antes de la entrada en vigor de la Constitución, a IGLESIAS CUBRÍA²³⁵. Con posterioridad a la LO 1/1982 y por

²³⁴Cfr. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991, págs. 331-333. Razona dicha afirmación señalando que la redacción del art. 18 de la Constitución induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran para ser objeto de un derecho único, lo que, por otro lado parece obedecer al propósito deliberado de seguir la tendencia dominante en la jurisprudencia y doctrina extranjeras, que tienden a englobar en un derecho único y omnicompreensivo, los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada. Afirmación ésta que entiende no se ve desvirtuada por el hecho de que nuestra Constitución rehuya de atribuir una denominación general a la pluralidad de supuestos reseñados en el art. 18, como por ejemplo derecho a la vida privada, derecho al patrimonio moral, etc.

Se aproxima a esta concepción PAREJO ALFONSO, L. ("El derecho fundamental a la intimidad", en la obra colectiva *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Edit. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, pág. 300), por cuanto dice textualmente que "Más concretamente, el honor y la propia imagen son particularizaciones de la intimidad decantadas justamente en la vertiente de ésta de apertura a y conexión con el espacio social y público y desde la perspectiva externa de su violación".

Abiertamente en contra de esta conclusión LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (*El derecho a la autodeterminación informativa*, Edit. Tecnos, Madrid, 1990, págs. 78-87), quien afirma en esta última página que "una interpretación atenta a la Constitución debe conducir a la conclusión de que no existe un derecho único en el art. 18.1, sino tres figuras distintas, entre las que el derecho a la intimidad formulado genéricamente destaca claramente frente a los demás".

²³⁵Nos hemos referido expresamente al momento en que fue dada esta opinión pues nos parece meritoria si se tiene en cuenta que no existía un reconocimiento positivo de tal derecho. Vid. IGLESIAS CUBRÍA, M., "*El derecho a la intimidad*", Discurso inaugural del año académico 1970-1971, Universidad de Oviedo, antes cit., págs. 31 y 32, es más, no sólo apuesta por la virtualidad de este derecho en sí mismo considerado, sino que, siguiendo a un notable jurista italiano PUGLIESE ("*Il preteso diritto della riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*", *Foro Italiano*, 1954, I, págs. 118 y ss

ende a la Constitución, participan de esta idea autores como ROYO JARA quien precisamente dedica uno de sus trabajos a demostrar su independencia²³⁶, RIVERO HERNÁNDEZ²³⁷, LÓPEZ JACOÍSTE. En concreto, este último manifiesta que la autonomía del derecho a la propia imagen es consecuencia "no sólo de la especial protección de este derecho en el texto constitucional y en pasajes legales concretos y concluyentes", sino también de otras circunstancias como el matiz de "la <<ocasionalidad>>", la peculiar contingencia que se capta en un retrato y las grandes posibilidades de alterar la realidad, ya que aún sin ánimo doloso, la mera plasmación hace perdurable algo que quizá

(cit. por Iglesias Cubría, pág.32), maneja un concepto muy amplio de imagen, pues en él comprende además de la figura humana, la voz, los gestos, la mímica; así, reproduce las siguientes palabras de PUGLIESE: "Exponiendo y publicando la imagen de una persona no se viola solamente su intimidad, sino que se incide inmediatamente sobre su personalidad. Por ello, quien utiliza para cualquier fin la imagen, que es misteriosa y cuasi divina impronta de la personalidad, utiliza en el fondo a la persona, multiplicando sin su consentimiento la presencia moral. Podrán existir dudas sobre la precisa definición del bien que se protege mediante el derecho a la imagen, pero deberá reconocerse que aquél ocupa en la escala de valores humanos un puesto más alto y que está estrechamente conexo a la personalidad que el bien de la intimidad".

Esta opinión ha sido expresamente compartida por PARRA LUCÁN, M^a A., "De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", ADC, 1989, Tomo I, pág.217.

Asimismo se inclina por la merecida sustantividad del derecho a la propia imagen GARCÍA HERRERA, M.A., "Estado democrático y libertad de expresión (I)", RFDUC, 1982, n°64, pág.172.

²³⁶Cfr. ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, op.cit., y así lo afirma expresamente en la pág.21.

²³⁷Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", op.cit., pág.77.

También IGARTUA ARREGUI, F. ("Comentario a la STS 28 de octubre 1988", en CCJC, n°18, pág.974), felicita al Tribunal Supremo por haber situado el pleito únicamente en el derecho a la propia imagen.

En el mismo sentido, vid. CASAS VALLÉS, R., "Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación", en PJ, n°14, 1988, pág.137; y, más recientemente, ROGEL VIDE, C., *Estudios sobre propiedad intelectual*, Edit.Bosch, Barcelona, 1995, pág.193.

fuese pura transitoriedad"²³⁸. Por todo lo cual, conecta su reconocimiento con el poder que incumbe al interesado de asentir o no a la ocasionalidad a que responde toda imagen alcanzando dicho poder tanto al hecho de ser retratado, como a la persona que haya de hacerlo.

Asimismo, BALAGUER CALLEJÓN, tomando como punto de partida el objeto del derecho, sostiene que "la imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor, cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo, en contraposición con la intimidad, que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad, y al honor, donde puede tratarse de aspectos externos o internos, pero deben lesionar la dignidad personal"²³⁹.

²³⁸LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", op.cit., págs.609-610. Este autor afirma también que el derecho a la propia imagen "sustenta y actualiza, desde luego aspectos jurídicos ya abarcados en la protección de la libertad, la identidad, la vida privada y el honor de la persona. Pero, además, viene a significar de modo específico, el poder que al interesado incumbe de asentir o no asentir a la ocasionalidad a que responde toda imagen tanto en cuanto al hecho de ser retratado como quien haya de hacerlo, y la ulterior difusión y utilización del retrato".

²³⁹BALAGUER CALLEJÓN, M^a L., *El derecho fundamental al honor*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992, págs.26 y 41.

En este punto será bueno recordar que, incluso antes de la entrada en vigor de la Ley del 82, ya OLIVEROS LAPUERTA, M^aV. ("*Estudio sobre la protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*", Edit.Cuadernos de Documentación, n^o38, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, pág.21) había afirmado que "la imagen de una persona constituye una realidad autónoma susceptible por sí misma de una protección jurídica".

Más recientemente, RUIZ MIGUEL, al convenir sobre la sustantividad de este derecho, nos aporta un nuevo argumento en favor de su sustantividad señalando que si bien los derechos a la intimidad y a la propia imagen se mencionan conjuntamente en los arts.18.1 y 20.4 CE, sin embargo el art.18.4 sólo habla del <<honor y de la intimidad personal>>²⁴⁰.

En cualquier caso, como ya adelantábamos, no existe acuerdo sobre la independencia de este derecho a la propia imagen, siendo igualmente numerosos los autores que se inclinan por considerarlo supeditado al reconocimiento de otros derechos de la personalidad y, en general, como una manifestación del derecho a la intimidad²⁴¹.

Con anterioridad a la Constitución y a la LO 1/1982 BATLLE SALES, o BERCOVITZ han negado la aptitud del derecho a la propia imagen para ser considerado por sí mismo digno de protección y, por consiguiente, subordinan su garantía a la

²⁴⁰Cfr. RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, op.cit., pág.110. Igualmente CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H., "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", ADC, 1994, pág.36 y PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1995, pág.297.

²⁴¹Cuando decimos en general queremos significar que, tal y como hemos adelantado, existen autores que lo relacionan con el honor, el propio cuerpo e incluso recientemente MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (*Libertades Públicas*, Edit.Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1993, Vol.I, pág.304) afirma que, antes incluso que una consecuencia de la privacidad, lo considera como una especificación del principio general de libertad. Si bien, por otro lado, en la pág.278 señala que el art.18 CE reconoce una amplia gama de derechos que tienen por núcleo común la noción de privacidad.

lesión del derecho a la intimidad²⁴².

Después de la Constitución de 1978, sigue habiendo autores que condicionan la protección del derecho a la propia imagen a la efectiva vulneración de otro derecho. Así, por ejemplo, VIDAL MARTÍNEZ a pesar de admitir la sustantividad operada por el mismo, opina que "es, en su misma raíz, una manifestación del derecho a la intimidad, pues dado su valor general individualizador, ha de formar parte de esa zona nuclear que el derecho a la intimidad protege"²⁴³.

Discrepamos de este razonamiento que, en nuestra opinión, resulta excesivamente maximalista pues en esa misma línea podría negarse sustantividad al honor y a la intimidad porque en último término lo que protegen es la dignidad de la persona.

ROMERO COLOMA también lo considera como un "derivado o una consecuencia lógica y natural del derecho a la intimidad, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que su imagen no se reproduzca de tal forma que su intimidad pueda quedar

²⁴²BATLLE SALES, G., *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, op.cit., pág.35. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Derecho de la persona*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1976, pág.208.

²⁴³VIDAL MARTÍNEZ, J., *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1984, pág.125.

La misma idea late, con anterioridad en FARIÑAS MANTONI, L.M^a, *El derecho a la intimidad*, Edit.Trivium, Madrid, 1983, pág.105, y posteriormente en AMAT LLARI, E., *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, op.cit., págs.5 y 7.

perjudicada"²⁴⁴.

En igual dirección discurre el pensamiento de Díez-PICAZO y GULLÓN quienes entienden que "tal derecho no es más que una manifestación del derecho a la intimidad que alcanza una autonomía en su tratamiento porque es a través de aquél como se viola más fácil y frecuentemente la esfera reservada de la persona, dados los potentes medios técnicos que se emplean para ello"²⁴⁵.

Esta misma idea palpita en la opinión de SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA que, concretamente, afirma que el art.18.1 de la CE en realidad protege dos derechos el honor y la intimidad, toda vez que "el derecho a la propia imagen no es sino un aspecto del derecho a la intimidad, cuya especificación constitucional tiene sentido, pues es a través de su ignorancia como más frecuentemente, en razón de los medios técnicos de intromisión, se viola la intimidad"²⁴⁶.

Por nuestra parte, estimamos que la dependencia del derecho a la propia imagen de otros derechos de la personalidad

²⁴⁴ROMERO COLOMA, A. Mª, *Los bienes y derechos de la personalidad*, op.cit., pág.83.

²⁴⁵DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., Vol.I, pág.356.

Asimismo, PARDO FALCÓN, J., "Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *REDC*, nº34, pág.167.

²⁴⁶SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit., pág.51.

podría defenderse con anterioridad a su expreso reconocimiento constitucional, pero, hoy por hoy, creemos que debe abogarse por su autonomía²⁴⁷.

No obstante, no les faltarían razones a quiénes niegan la sustantividad del derecho a la propia imagen. En este sentido se nos ocurren, en primer término, una dualidad de factores: 1) la realidad jurídica preconstitucional, que acabamos de mencionar, la cual evidencia la dificultad que comportaba la falta de un reconocimiento positivo expreso de este derecho posibilitando simplemente su protección tangencial y, 2) el tratamiento dispensado a esta materia en otros ordenamientos jurídicos.

Con relación a esta última circunstancia vemos que, por ejemplo, en el derecho americano el derecho a la propia imagen aparece englobado en el concepto de *privacy*²⁴⁸. Algo semejante acontece en el ordenamiento italiano pues, si bien se reconoce este derecho de forma expresa en el art.10 del Codice Civile, por lo general, se interpreta como manifestación, si acaso la

²⁴⁷En este sentido, vid. HERDE DE LA PRADA, V., *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación*, op.cit., pág.129.

²⁴⁸Vid. vgr. WARREN, S. y BRANDEIS, S.L., *El derecho a la intimidad*, Edit.Civitas, Madrid, 1995, (Traducción de la obra "Right to Privacy", publicada en la *Harvard Law Review*, vol.IV, n°5, 1890, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga), pág.25; PROSSER, W., "Privacy, (a legal analysis)", *California Law Review*, 1960, págs.338-423; WESTIN, A.F., *Privacy and freedom*, Atheneum, Nueva York, 1970, pág.62.

más importante, del derecho a la *riservatezza*²⁴⁹.

De lo expuesto hasta el momento, puede ya intuirse que somos partidarios de considerar el derecho a la propia imagen como un derecho, por sí mismo, digno de protección, con independencia de la eventual transgresión de otros derechos.

Conclusión a la que, a nuestro juicio, se llega, irremediablemente, no sólo teniendo en cuenta la contingencia y facilidad de manipulación del objeto mismo del derecho, como ha puesto de relieve LÓPEZ JACOÍSTE²⁵⁰, sino también, y lo más importante, atendiendo a su expreso reconocimiento en la Constitución ex art.18.1 y el posterior desarrollo efectuado por la LO 1/1982 en cuya Exposición de Motivos, reiteradamente, se nos habla de los derechos al honor, a la intimidad y a la

²⁴⁹A pesar de que, teniendo en cuenta la redacción del art.10, "Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta, o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni", podría pensarse que se vincula al derecho al honor, sin embargo, la interpretación de la mayoría de los autores que se han preocupado de su estudio nos conduce a negar tal dependencia. Así por ejemplo DE CUPIS, A. ("I diritti della personalità", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Tomo IV, 1959, págs.258, 261, 262) afirma literalmente -pág.262- que "la lunga lotta che il diritto all'immagine ha dovuto sostenere per differenziarsi del diritto all'onore si è conclusa vittoriosamente anche nella nostra legge: il diritto all'immagine non è assorbito nel diritto all'onore (...) secondo nostro diritto nel bene della riservatezza è compresa genericamente la sottrazione dell'immagine personale alla conoscenza del pubblico", opinión que mantiene en "Diritto alla riservatezza e segreto", *Nov.D.It.*, Tomo XVI, págs.115 y ss.

En la misma línea, VISINTINI, G., *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Edit.Cedam, Padua, 1987, pág.171 y ROPPO, V., *Diritto Civile*, Edit.Loescher, Torino, 1996, pág.22.

²⁵⁰Vid. LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", *op.cit.*, págs.609-610.

propia imagen como realidades diferentes.

Es más, en consonancia con dicha distinción ya en su articulado la Ley del 82 establece un peculiar régimen de excepciones (art.8.2) aplicables, exclusivamente, al derecho a la propia imagen²⁵¹.

Razones todas ellas que reflejan que este derecho ha alcanzado un grado de madurez y desarrollo que no ha podido ser ignorado por el derecho positivo.

Ahora bien, a pesar de que, desde nuestro punto de vista, el resultado al que llegamos parece evidente, la argumentación vertida en favor de su independencia no quedaría completa si ignorásemos la existencia, además, de otra serie de factores que potencialmente, podrían poner en tela de juicio esta conclusión como son: de una parte, la falta de una jurisprudencia clara al respecto y, de otra, la confusa redacción del párrafo 5º del art.7.

No podemos olvidar, en efecto, la circunstancia de que la

²⁵¹ Concretamente el art.8.2 establece que: "En particular el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica de un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato de la persona que las ejerza".

jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, en este punto resulta muy vacilante. Por un lado, se nos habla de la existencia de tres derechos diferentes honor, intimidad y propia imagen que tienen una causa común, el preservar la dignidad de la persona, o se afirma que nuestro ordenamiento ha reconocido expresamente este derecho, con rango fundamental, al proclamar en el art.18.1 de la Constitución que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen e incluso que los derechos protegidos en la LO 1/1982 no son intercambiables. Al tiempo que, en otros pronunciamientos se afirma que tales derechos pertenecen al ámbito de la vida privada o, inclusive, que la persona cuya imagen sea reproducida tendrá un derecho de resarcimiento por violación del derecho a la intimidad²⁵².

No obstante, este primer factor no parece concluyente para desvirtuar la independencia del derecho a la propia imagen. El

²⁵² Como muestra de la caótica jurisprudencia vertida en esta materia sirvan los siguientes ejemplos: STS 11 abril 1987, FJ1, (Ar.2703), reconoce el derecho a percibir una indemnización, pero por violación de la intimidad.

La STS 9 mayo 1988, FJ3, (Ar.4049), afirma la existencia de un reconocimiento expreso de este derecho.

La STS 13 noviembre 1989, FJ Único, (Ar.7873), señala que los derechos protegidos por la LO 1/1982 no son intercambiables entre sí, cada uno de ellos protege un bien jurídico

La STC 170/1987, 30 octubre, FJ4, BOE n°279, 21 noviembre, nos dice que "los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, forman parte de los bienes de la personalidad y pertenecen al ámbito de la vida privada".

La STC 231/1988, 2 de diciembre, señala que los derechos a la imagen y a la intimidad, reconocidos en el art.18.1 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados de la <<dignidad de la persona>>, pronunciamiento éste que se repite literalmente en el Auto 321/93 de 25 de octubre.

Asimismo en la STC 99/94, 11 abril, FJ5, se afirma que "el derecho a la propia imagen, consagrado junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art.10.1 CE) salvaguardando la propia esfera de reserva personal".

hecho de que en la práctica, cuando se vulneran dos derechos distintos, vgr. honor e intimidad, o intimidad y propia imagen, se reconduzcan a la vulneración de uno sólo de ellos, aquél cuyos caracteres sean prevalentes o dominantes, no puede llevarnos a negar que se trata de derechos distintos, de lo contrario podríamos alcanzar conclusiones absurdas como sería afirmar que el derecho a la libertad de expresión es el mismo que el derecho a la libertad de información, habida cuenta de que la práctica forense, en el supuesto de que ambos derechos se ejerciten entremezclados, acostumbra a calificar la conducta atendiendo a aquél cuyos caracteres sean predominantes²⁵³.

En consecuencia, el que la jurisprudencia termine reconduciendo la lesión del derecho a la propia imagen a la vulneración del derecho al honor o a la intimidad, no es argumento suficiente para desvirtuar la sustantividad del derecho a la propia imagen²⁵⁴.

Por lo que se refiere a la imprecisa redacción del párrafo 5º del art.7, el origen de esta confusión puede estar, como ha

²⁵³Sobre la forma de operar de los Tribunales a la hora de determinar si una conducta responde al ejercicio de la libertad de expresión o, por el contrario, a la libertad de información vid.infra.Capítulo II "Causas que eliminan la ilicitud", III.3.-El ejercicio legítimo de un derecho: Especial consideración del conflicto entre las libertades de expresión y de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

²⁵⁴Cuestión aparte es la pertinencia de esta práctica. A este respecto BALAGUER CALLEJÓN, MªL. (*El derecho fundamental al honor*, op.cit., págs.42 y 43) señala que la jurisprudencia viene reconociendo la lesión a uno sólo de los tres derechos con una vis atractiva hacia el derecho al honor, que en todo caso le parece carente de base lógica o convincente.

puesto de relieve IGARTUA ARREGUI, en que en la LO 1/1982 se plasman distintas posibilidades del derecho a la propia imagen fruto, a su vez, de las diversas fases por las que ha ido atravesando hasta su consagración definitiva como derecho autónomo, siendo precisamente en una de esas etapas, en la que se le vincula al derecho a la intimidad²⁵⁵.

Sin embargo, esta circunstancia, a nuestro juicio, tampoco es óbice para que, con independencia de ese supuesto concreto del apartado 5º del art.7, en el que la conducta descrita sí constituye vulneración del derecho a la intimidad, se pueda mantener el reconocimiento y la consiguiente tutela del derecho a la propia imagen con independencia de la intimidad.

En este sentido, la expresión "o fuera de ellos" a continuación de "los lugares o momentos de la vida privada", permite considerar ilegítima, por ejemplo, la exposición pública no lucrativa de la fotografía de una persona, captada sin su consentimiento mientras caminaba por la playa; conducta que, como puede advertirse, se trata de un supuesto en el que se vulnera únicamente el derecho a la propia imagen de esa persona²⁵⁶.

²⁵⁵Cfr. IGARTUA ARREGUI, F., "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española", en la obra colectiva *El mercado de las ideas*, dirigida por SALVADOR CODERCH, P., op.cit., pág.321.

²⁵⁶En este sentido, nuestra visión de este derecho discrepa, por ejemplo, de la de SALVADOR CODERCH, P., CASTIÑEIRA, M.T, FELIP, D., ISAS, M., CANO, J.J., DURANY, S., GADEA, E. (*¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, op.cit., pág.92) para quienes "hay tres aspectos distintos en el derecho a la propia imagen que aparecen mezclados en la ley: el relativo a la

En definitiva, concluimos que el derecho a la propia imagen en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico es reconocido y tutelado con total autonomía, sin perjuicio de que, en ocasiones, su vulneración sea circunstancial, esto es, consecuencia mediata de la lesión de otro derecho. Consiguientemente, es desde esta perspectiva desde la que se analizan las conductas que según la LO 1/1982 constituyen una vulneración del derecho a la propia imagen.

Con tal propósito, conviene recordar, en primer lugar que a tenor del art.7.5 tendrá la consideración de intromisión ilegítima "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los caso previstos en el artículo 8°.2".

De una primera aproximación a su contenido, hemos de reconocer que llama nuestra atención la falta de una definición que permita concretar qué debe entenderse por imagen a los efectos de la Ley, por lo cual, una vez más, acudimos a la jurisprudencia para indagar el significado que en la práctica se le confiere al objeto, propiamente dicho, del llamado

vida privada o intimidad que se ve afectada por la *intrusión* de quien obtiene en lugares o momentos privados la imagen de una persona. En segundo lugar está el *comercial* (la imagen como algo similar a la propiedad intelectual), que es el involucrado cuando la imagen tiene un valor económico y se usa en beneficio del usuario (¿y si no lo tenía, pero lo cobra gracias a ese uso?). Y, por último, está la vertiente *difamatoria* que puede sumarse a cualquiera de las anteriores, pero que se relaciona con la eventual lesión de la reputación del afectado subsiguiente a la publicación de su imagen".

derecho a la propia imagen.

Así las cosas, hemos podido apreciar una suerte de aquiescencia, poco frecuente en el ámbito que nos movemos, por cuanto el concepto de imagen fijado en la STS de 11 de abril de 1987, primera que se dictada con relación a este derecho tras la entrada en vigor de la LO 1/1982, se repite, podríamos decir casi literalmente en pronunciamientos sucesivos. En el fundamento jurídico 1º de la mencionada Sentencia se entiende que, si bien la imagen es la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; a los efectos que ahora interesan ha de entenderse que equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción²⁵⁷.

En la misma línea, ya que insiste en el aspecto físico o material como soporte del derecho a la propia imagen, el ATC 321/93, de 25 de octubre, señala que este derecho protege la imagen física de la persona impidiendo la captación o reproducción de sus rasgos físicos o características externas de forma indebida o sin consentimiento²⁵⁸.

²⁵⁷ (Ar.2703). Esta misma idea se maneja en pronunciamientos posteriores vgr. las SSTS de 29 de marzo de 1988, FJ2º, (Ar.2480); de 9 febrero 1989, FJ Unico, (Ar.822); de 19 octubre 1992, FJ1º, (Ar.8079); de 26 marzo 1993, FJ2º, (Ar.2396)).

²⁵⁸ Puede decirse que una de las constantes del Tribunal Constitucional en este punto radica, precisamente, en la insistencia en vincular la imagen con el aspecto físico de la persona, vgr. STC 99/1994, 11 de abril, FJ5.

Consiguientemente, puede decirse que el objeto sobre el que recae el derecho a la propia imagen es el aspecto físico de la persona. Asimismo, la falta de previsión de la Ley permite afirmar que éste, siempre y cuando sea reconocible, puede materializarse de cualquier forma, esto es, mediante escultura, fotografía, pintura, filme, caricatura, etc. Si bien, en el supuesto de la caricatura se exceptúa la de las personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública realizada conforme al uso social, que a tenor de lo dispuesto expresamente en el art.8.2.b) no tendrá la consideración de intromisión ilegítima.

Ya por lo que respecta al derecho mismo, éste implica el reconocimiento de un efectivo poder de control de la imagen que se traduce en una serie de facultades que, a la postre, permiten también hablar de un contenido positivo y negativo²⁵⁹.

El contenido positivo otorga al titular la facultad de reproducir, exponer, publicar etc, su aspecto físico según su libre arbitrio.

²⁵⁹La doble configuración del derecho a la propia imagen ya fue puesta de relieve en la primera ocasión que el Tribunal Supremo tuvo para pronunciarse sobre este derecho, así en el FJ1º de la STS 11 de abril 1987 se nos dice que la imagen en sentido jurídico comprende "la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto se trata de un derecho de la personalidad".

De esta doble configuración del contenido del derecho a la propia imagen se han hecho eco diversos autores, vgr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., Voz: "Imagen (derecho a la propia)", op.cit., pág.338; PARRA LUCÁN, M^aA., "De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad", op.cit., pág.217, y RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, op.cit., pág.77.

Correlativamente, el contenido negativo le confiere la posibilidad de prohibir a terceros su captación, reproducción y divulgación por cualquier medio, protección que alcanza en principio igualmente a personas que ejerzan cargo público o profesión de notoriedad.

Precisamente, en este último sentido el Tribunal Supremo declaró, en la Sentencia de 29 marzo de 1988²⁶⁰, no haber lugar al recurso interpuesto por los demandados, <<Ediciones Zeta S.A.>>, contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado n°3 que había estimado parcialmente la demanda que sobre el derecho a la propia imagen interpuso la actriz Silvia M., como consecuencia de la publicación de unas fotografías suyas en la playa bajo el encabezamiento de: "S. M., desnuda al sol".

En este caso el Tribunal, en el apartado 4 del fundamento jurídico 3° señaló que "evidentemente el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto y buena prueba de ello es el artículo 8.2.a) de la Ley Orgánica ya calendada; pero lo cierto es que en el supuesto de autos no concurren los presupuestos que se recogen en dicha norma, pues quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública tiene derecho a su propia imagen y a su intimidad, cuando elude su presentación en un acto o lugares abiertos al público, pues

²⁶⁰Ar.2480.

consta en autos el decido propósito de la actora de eludirlos", al acudir la actriz a una playa poco concurrida y alejada de los núcleos de población²⁶¹.

Siguiendo con el análisis de este precepto, consideramos que el hecho de que el legislador distinga los distintos momentos que pueden constituir el íter de materialización de una imagen: "captación", "reproducción" y "publicación", es buscado premeditadamente para la consecución de una protección lo más generosa posible.

Esta circunstancia, tampoco ha pasado desapercibida para nuestros Tribunales, así por ejemplo en el ATC 300/89, de 5 de junio²⁶², se nos dice que se trata de hechos diferentes que de ninguna manera pueden considerarse sinónimos²⁶³.

²⁶¹Con respecto a este fallo no podemos dejar de señalar que, si bien participamos de lleno en el fondo, discrepamos de la forma en que se ha hecho el razonamiento, esencialmente por dos razones.

En primer lugar, por la confusión que crea el que el juzgador se refiera, en reiteradas ocasiones, a lo largo de su fundamentación al derecho a la intimidad cuando en realidad se apoya en el art.8.2 que como sabemos es aplicable sólo al derecho a la propia imagen.

En segundo lugar, consideramos que debería haberse hecho mayor hincapié en la importancia del comportamiento de la actora, lo que implicaría añadir a su indudable intención de sustraerse de la curiosidad pública, la indagación de su trayectoria personal, en el sentido de saber si en otras ocasiones se había mostrado así ante el público, si lo había hecho desinteresadamente, etc. Dicho en otras palabras debería haberse combinado el contenido del art.8.2 con el art.2 de la misma.

²⁶²El supuesto de hecho de este caso, se refería a la captación consentida de una fotografía, consentimiento que no abarca en principio a la publicación.

²⁶³Por consiguiente, a pesar de que se trata de hechos secuenciales debe darse el consentimiento para cada uno de ellos, lo cual, por otra parte no impediría presumir el consentimiento para la captación en el supuesto, por ejemplo, de que se haya consentido de forma expresa a la publicación, porque precisamente esa relación secuencial de los hechos permite subsumir un hecho anterior imprescindible para otro posterior en ese otro acto posterior de la

Por último, no podemos concluir el análisis de este apartado sin aludir nuevamente a la redacción de su inciso final en el que se hace referencia a "lugares o momentos de la vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8°,2.".

Como con acierto ha precisado GITRAMA, esta expresión equivale a nunca jamás, pues de forma ineludible o se está en un lugar o momento de la vida privada o se está fuera de él; *tertium non datur*, por lo tanto, en principio, podría con lógica llegarse a una conclusión errada: nunca es posible la captación, reproducción y publicación de la imagen de una persona²⁶⁴.

Se nos plantea, entonces, el problema de encontrar una interpretación que nos permita salvar dicha entelequia. A tal fin, si tenemos en cuenta la redacción y sistemática de la propia Ley del 82, consideramos que dicha distinción no es casual sino que se hace necesaria para poder poner de manifiesto que las excepciones contenidas en el art.8.2 sólo serán aplicables al segundo inciso del pasaje que estamos analizando. Esto es, las excepciones contempladas en el párrafo 2° del art.8 no serán aplicables cuando la imagen se

cadena. Pero es que además, si el legislador hubiese querido que el simple acto de posar implicase consentimiento para su publicación, salvo manifestación expresa en contrario, no tendría sentido semejante distinción.

²⁶⁴Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., págs.214-216.

desenvuelva en los momentos o lugares de la vida privada a los que únicamente le son aplicables las excepciones del art.8.1, por tratarse, en puridad, de vulneraciones del derecho a la intimidad²⁶⁵.

El derecho a la propia imagen es, asimismo, objeto de protección en el párrafo 6° del art.7 de cuyo tenor literal resulta que tendrá la consideración de intromisión ilegítima "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga"²⁶⁶.

En primer lugar, debemos destacar que en este precepto se

²⁶⁵Esta interpretación, por lo demás, resulta ser, a nuestro juicio, la más adecuada en el sentido de ser la única en la que tiene sentido la referencia expresa al art.8.2, que de otro modo sería superflua.

²⁶⁶La ilicitud de la conducta descrita en este apartado y sobre todo por lo que se refiere a los fines publicitarios o de naturaleza análoga ya había sido señalada por GITRAMA, M. (Voz: "Imagen (derecho a la propia)", op.cit., pág.352-353), fundándose en una aplicación analógica del antiguo artículo 124.4 del Estatuto de Propiedad Industrial que establecía la inadmisión registral como marca de los retratos de las personas. El razonamiento era el siguiente: siendo la función de la marca de la fábrica la publicidad comercial en sentido amplio, aunque no sea su única función, y considerando ilícito el legislador el uso de la imagen para la integración de marca sin distinguir que sea o no de personaje célebre, ello implica que la ley no admite ni siquiera el aprovechamiento de la imagen de una persona de notoria popularidad, sin su consentimiento, a fines de afirmación comercial. Si se excluye el uso de la imagen de cualquier persona, sea o no célebre para la formación de marcas de fábrica, no hay razón visible para que no se aplique *mutatis mutandi*, el mismo criterio prohibitivo para cualquier otra finalidad, análogamente comercial, como es la publicidad propiamente dicha que venimos considerando. Más aún; si según el citado Estatuto carece de relevancia en orden a condicionar la ilicitud, el eventual perjuicio que pueda experimentar el decoro de la persona de cuyo retrato se quiera hacer uso como marca de fábrica, es porque lo prohibido de modo absoluto es el uso de tal retrato, sin requerirse ninguna otra circunstancia.

En definitiva pues, sigue razonando este autor, es ilícita la reproducción y divulgación de la imagen de una persona, incluso si se trata de una persona de notoria popularidad, cuando tal difusión sea hecha a fines publicitarios y siempre que falte el consentimiento de la persona misma.

maneja un concepto del derecho a la propia imagen cuyo objeto es más ambicioso que el contemplado en el apartado anterior puesto que abarca no sólo el aspecto físico de un sujeto, sino también la voz y el nombre, es decir, aquellos otros rasgos identificadores de nuestra persona que, por ser los más característicos, contribuyen a individualizarnos y distinguirnos de los demás.

Se trata, en definitiva de salvaguardar algo tan amplio como la identidad personal. Es más, la jurisprudencia interpreta la alusión al nombre contenida la LO 1/1982 de una forma muy generosa puesto que no sólo abarca el nombre propio y apellidos, sino también los nombres artísticos e incluso títulos nobiliarios, como tendremos ocasión de ver más adelante. En cualquier caso, constituye la plasmación positiva de un fenómeno que está adquiriendo carta de naturaleza en nuestro tiempo y con ella, simplemente, se pretende reflejar de forma expresa algunas de las conductas que, con más frecuencia, vulneran el derecho a la propia imagen.

También es preciso poner de manifiesto que, a pesar de que la Ley no lo contempla expresamente, entendemos que a las conductas descritas en este apartado no le son aplicables las excepciones previstas en el art.8.2, puesto que la utilización de la imagen de una persona pública en un lugar público o abierto al público (art.8.2.a)), o la utilización de la caricatura de dichas personas (art.8.2.b)), cuando se haga con

finés comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga será, en principio, y al amparo de la propia ley intromisión ilegítima²⁶⁷. Y lo mismo cabe concluir respecto del último apartado del art.8.2, -el c)-, el cual tan sólo permite la utilización de la imagen accesoria de una persona como soporte gráfico de una información sobre un suceso o acaecimiento público.

Consiguientemente, es importante señalar la necesidad de atender a la relación de medio a fin que exista entre la captación, reproducción, etc, y la finalidad perseguida con dichas conductas.

No obstante, la afirmación anterior debe ser interpretada con prudencia pues no deberá considerarse ilegítima al amparo del art.7.6 la publicación de la imagen en la que se aprecie la mera utilización accidental de un producto de marca identificable ej. la fotografía de un político en una rueda de prensa cuya camisa lleva el distintivo de una conocida marca.

Desde el punto de vista de la práctica, puede afirmarse

²⁶⁷En este punto convenimos lo afirmado por KAYSSER, P. (*La protection de la vie privée*, Edit.Economica, Presses Universitaires D'aix-Marseille, 1990, pág.125), quien afirma que: "Si l'image d'une personne qui exerce une activité publique peut être licitement réalisée et publiée, elle ne peut être utilisée pour la publicité d'un produit, parce que cette utilisation dénature, aux yeux du public, la personnalité de la personne représentée, ou qu'elle porte atteinte à ses intérêts matériels en l'empêchant d'exploiter elle-même la réalisation et la publication de son image. Il en est de même de l'exploitation commerciale de photographies et d'un poster représentant un champion dans l'exercice de son sport".

que al amparo del mencionado precepto se han concedido indemnizaciones por la utilización sin consentimiento del nombre de personajes famosos, como por ejemplo el de Antonio Gades, en relación a una campaña promocional de una conocida marca de whisky, aún a pesar de tratarse de un uso casi marginal puesto que como se desprende del fundamento jurídico 2º de la Sentencia de 21 de enero de 1981²⁶⁸, el anuncio publicitario estaba formado por la fotografía de la bailarina y actriz Laura acompañada de un texto impreso con sus datos personales que ocupaban 15 renglones, en tres de los cuales se decía <<Último trabajo realizado: Carmen junto a Antonio Gades, película nominada para el Oscar de Holliwood 1984>>. Tanto es así, que el propio Tribunal afirmó que se trataba de un texto ilegal sumamente breve en relación con el anuncio completo y cuyos datos si hubiesen sido divulgados en cualquiera otra publicación sin finalidad comercial no constituirían transgresión de clase alguna.

Incluso la utilización sin autorización de un título nobiliario, el de marqués de Bradomín, para la comercialización de un vino del Ribeiro, dió lugar a tenor del art.7.6 a una indemnización de daños y perjuicios a favor del titular²⁶⁹.

²⁶⁸Ar.131. En esta ocasión, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por Antonio Gades contra la compañía autora del anuncio, "Varma S.A.", confirmándose, por lo tanto, la sentencia de la Audiencia en la que se condenaba a dicha Sociedad al pago de una indemnización del 100.000 pts, cantidad ostensiblemente menor que la determinada en 1ª Instancia, que era de un millón de pesetas.

²⁶⁹STS de 26 enero 1990 (Ar.26).

Asimismo, la utilización de la imagen de unos futbolistas profesionales en unos cromos, con oposición expresa de los mismos pues había expirado el plazo de explotación acordado, dió lugar a una indemnización de daños y perjuicios. En este caso, sin embargo, el soporte normativo no sólo fue el art.7.6, que venimos analizando, sino también el art.7.3 del Real Decreto 1.006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales y que se refiere al valor comercial de su imagen²⁷⁰.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo teniendo en cuenta la doctrina de la Sala que reconoce la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, la facultad de evitar su reproducción en tanto que se trata de un derecho de la personalidad, sostuvo que la reproducción indiscriminada y sin autorización de la persona a la que pertenezca la imagen reproducida originará un derecho a resarcimiento²⁷¹.

²⁷⁰El art.7.6 mencionado en el texto establece que "en lo relativo a la participación en los beneficios que se deriven de la explotación comercial de la imagen de los deportistas se estará a lo que en su caso pudiera determinarse por convenio colectivo o pacto individual, salvo en el supuesto de contratación por empresas o firmas comerciales previsto en el número 3 del art.1 del presente Real Decreto

Por su parte, el art.1.3 al regular el ámbito de aplicación dispone que "quedan incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto las relaciones con carácter regular establecidas entre deportistas profesionales y empresas cuyo objeto social consista en la organización de espectáculos deportivos, así como la contratación de deportistas profesionales por empresas o firmas comerciales, para el desarrollo, en uno y otro caso, de las actividades deportivas en los términos previstos en el número anterior". Este Real Decreto ha sido publicado en el BOE del 27 de junio de 1985 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

²⁷¹Es la Sentencia de 9 de mayo de 1988, FJ3°, (Ar.4049).

La argumentación vertida a fin de justificar la indemnización nos dirá que "resulta lógico concluir que un derecho fundamental como es el derecho a la protección de la propia imagen, tan sólo puede ceder ante otro que ostente el mismo rango, como es el de la información, máxime cuando precisamente el carácter público del personaje cuya imagen se reproduce ha entenderse que existe un evidente interés por parte de la sociedad en ser informada de cuanto le afecte en relación con el mismo, pero nunca puede ceder ante el mero interés crematístico de un tercero, que en forma alguna alcanza un rango jurídico tan elevado como el de los derecho fundamentales (...)" . Y, a mayor abundamiento, afirma que "ello cabe sostenerlo con más fuerza cuando la persona cuya imagen se comercializa sin su consentimiento, tiene carácter público que acrecienta el interés económico de la difusión, hasta tal punto que la regulación contempla expresamente su explotación y así sucede concretamente con quienes, como los demandantes ejercen la profesión de deportistas".

Por último, en lo que se refiere al modo de proceder de la jurisprudencia, aludiremos, en principio, a un supuesto que, a nuestro juicio, es en puridad el que se aviene mejor al espíritu de la Ley, puesto que aún aplicándose el art.7.6 no es preciso reafirmar o justificar el carácter extrapatrimonial, porque en ningún momento los hechos sobre los que versa lo cuestionan. Se trata de la ya mencionada Sentencia de 11 de abril de 1987 en la que se consideró intromisión ilegítima en

el derecho a la propia imagen de los demandantes, un grupo de trabajadores, la utilización de su imagen a la salida de una fábrica, en la que mediante una composición fotográfica se les colocaba determinada bandera, para utilizarla como propaganda electoral del partido político Izquierda Republicana de Cataluña. Más recientemente y con una carga argumental considerablemente más sólida²⁷² el Tribunal Supremo declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de varias personas que aparecían en una campaña publicitaria de "Respeto a los mayores", promovida por el Ayuntamiento de Madrid.

iii).-EL DERECHO AL HONOR:

Para terminar el análisis de las conductas constitutivas de intromisión ilegítima y, por lo tanto, generadoras, en principio de responsabilidad civil, nos resta el estudio de la previsión contenida con respecto al derecho al honor en el párrafo 7º del art.7 en el que curiosamente, como se verá, la palabra honor no se menciona.

En efecto, tras la reforma operada por la Disposición Final 4ª de la LO 10/1995, del Código Penal, el mencionado

²⁷²Es el caso de la STS de 7 de octubre de 1996.

Sobre la solidez de sus argumentos, vid. infra Capítulo II Causas que eliminan la ilicitud, II.5.-Predominio de interés relevante.

precepto establece que tendrá la consideración de intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por el art.2 de la LO 1/1982 "la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación"²⁷³.

Con el fin de poder delimitar la protección jurídica de este derecho, resulta conveniente comenzar por la determinación de su objeto, o lo que es lo mismo, qué debe entenderse por honor. Aunque "el empeño definidor tal vez sea tan baladí como tratar de edificar con arena"²⁷⁴, son muchas las definiciones que tradicionalmente se han ensayado, así por ejemplo DE CUPIS entiende por honor "l'intimo valore morale dell'uomo, come la stima dei terzi, ovverosia la considerazione sociale, il buon nome o buona fama, come, in fine, il sentimento, o coscienza della propria dignità personale"²⁷⁵.

²⁷³Este apartado no figuraba en el proyecto de ley. Asimismo debemos precisar que, con relación al derecho al honor centraremos nuestro estudio en este apartado y no en el párrafo 3 en coherencia con la interpretación que le hemos dado la alusión en el mismo al honor nos parece perturbadora e incorrecta.

²⁷⁴JIMÉMEZ ASENJO, E., Voz: "Delitos contra el honor", *NEJ*, Seix, Barcelona, 1985, Tomo VI, pág.630.

²⁷⁵DE CUPIS, A., "I diritti della personalità", op.cit., pág.229. Nos indica, este autor, además, qué facetas tienen relevancia jurídica y en tal sentido afirma que: "Inteso unicamente nel primo senso, l'onore è sottratto alle offese altrui ed estraneo, per conseguenza, alla tutela giuridica; inteso, invece, nel secondo e nel terzo significato, esso è esposto alle sudette offese".

En el mismo sentido, vid. GARUTTI, M., *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Edit.Cedam, Padua, 1985, págs.10 y ss.

Desde una perspectiva más abstracta y globalizadora lo define GALGANO como "il diritto alla dignità e al decoro personale e alla considerazione sociale"²⁷⁶.

En cualquier caso, es evidente que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado que es, a la vez, fluído, lábil y cambiante pues depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento²⁷⁷.

Consiguientemente, no es extraño que la búsqueda de una noción de honor operativa en el ámbito jurídico haya sido una preocupación constante de los autores, la cual se ha materializado en la formulación de diversas teorías que van desde concepciones meramente fácticas, que vinculan su existencia a un dato tangible de la realidad, hasta concepciones normativas estrictas que remiten su determinación a unos códigos valorativos ya sean de carácter social, moral o jurídico²⁷⁸.

²⁷⁶GALGANO, F., *Diritto Privato*, Edit.Cedam, Padua, 1988 (5ª Edición), pág.88

²⁷⁷Como así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, vgr. SSTC 223/92, 14 diciembre, FJ3, BOE nº16, 19 enero 1993; 170/1994, 7 de junio, FJ3; 239/1995, 26 de septiembre, FJ5, BOE nº246, 14 octubre.

Esta doctrina es recogida por algun autor como, por ejemplo, LUCAS OSORIO, "Comentario al art.18 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, pág.143.

Asimismo, el Tribunal Supremo emplea términos como "relativo" y "circunstancial" para referirse a este derecho, vgr. SSTs de 13 de diciembre de 1989, FJ1, (Ar.8827); de 30 de marzo de 1990, FJ2, (Ar.1739).

²⁷⁸De las distintas teorías se han hecho eco un número importante de autores. Por todos, vid. VIVES ANTÓN, T.S., "Libertad de expresión y derecho al honor", *RFDUG*, 1987, nº13, págs.241 y ss. y "Delitos contra el Honor" en

No obstante, en la actualidad, la indagación del sentido jurídico atribuible al honor se nos presenta como algo complejo y sencillo a la vez. Complejo porque, a pesar de su expreso reconocimiento constitucional y posterior desarrollo legislativo, no existe en nuestro ordenamiento un concepto positivizado del mismo. Y sencillo porque al estar específicamente previsto en nuestra Constitución sabemos que es en ella donde se encuentra el fundamento y la razón de su reconocimiento, circunstancias éstas que contribuyen a delimitar el ámbito jurídico de protección.

Por lo tanto, el punto de partida está en nuestra Constitución, concretamente podemos situarlo en el art.10 que establece que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden político y de la paz social".

Esta norma junto con el art.18.1, que garantiza el derecho al honor, nos lleva a concluir que para el constituyente el honor es un atributo de todo ciudadano, con independencia de su condición, derivado ex lege de la dignidad de la persona o, lo que es lo mismo, es la cristalización personalísima de la

la obra colectiva *Derecho Penal. Parte especial*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, págs.670 y ss. En ambos trabajos se encuentra, a nuestro juicio, una espléndida sistematización de las mismas.

dignidad²⁷⁹.

Ahora bien, si nos conformásemos con tal afirmación nos encontraríamos ante un concepto meramente normativo, que como ha puesto de relieve ALONSO ALAMO, está prácticamente abandonado pues supone equiparar honor a dignidad personal, entendida esta última como comprensiva de valores éticos y sociales de actuación²⁸⁰, desconociendo una serie de factores que es necesario ponderar por incidir precisamente en el ámbito que debe ser protegido por el derecho al honor.

Por ello y porque no podemos olvidar, como nos enseñó DE CASTRO, que el honor "es un bien típicamente social y está unido a la estimación en y por la Sociedad"²⁸¹, se hace necesario dar un paso más. Así, para su configuración jurídica deben tenerse en cuenta las normas y valores sociales del momento, el comportamiento del propio titular del derecho y, en definitiva, el libre desarrollo de la personalidad tal como

²⁷⁹QUINTERO OLIVARES, G., "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones", *PJ*, n° especial XIII, 1990, pág.68.

La misma idea se desprende de ALONSO ALAMO, M., "El derecho al honor del artículo 18 de la Constitución española de 1978", *RGD*, 1987, n°516, pág.4882; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos" en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, Tomo I, pág.894.

²⁸⁰Cfr. ALONSO ALAMO, M., "Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales", *ADPCP*, 1983, Tomo XXXVI, pág.141. Participa de esta misma opinión, pues rechaza la concepción normativa o apariencial del honor, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", *REP*, 1992, n°77, pág.243.

²⁸¹DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, op.cit., pág.17.

viene reconociendo el Tribunal Constitucional.

En este sentido, por ejemplo el fundamento jurídico 2º de la Sentencia 219/92²⁸², tras señalar que el derecho al honor es un derecho protegido por la Constitución y derivado de la dignidad de la persona, concluye que: "salvo que los propios actos lo disminuyan socialmente, su titular tiene derecho al respeto y reconocimiento de la dignidad personal que se requiere para el libre desarrollo de la personalidad en la convivencia social, sin que pueda ser <<escarnecido o humillado ante uno mismo o los demás>>".

En suma, estamos ante lo que se denomina concepto normativo-fáctico, que es a nuestro juicio, el que mejor expresa la esencia del objeto mismo del derecho y el espíritu que quiso imprimirle el constituyente²⁸³. El honor, en cuanto emanación de la dignidad, será el mismo en todos los integrantes de la comunidad garantizando ese mínimo ético que a todos nos corresponde por el mero hecho de ser personas. Asimismo, y en cuanto derivado del componente dinámico de la dignidad, esto es, del libre desarrollo de la personalidad,

²⁸²De 3 de diciembre.

²⁸³Aunque ésta es la opinión mayoritaria, sin embargo existen autores que discrepan abiertamente, vgr. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, op.cit., págs.25 a 36. Concretamente en la pág.36, tras un análisis pormenorizado de las distintas teorías, concluye que "sólo la concepción normativa, identificada con <<el derecho a ser respetado>>, es capaz de adaptarse a todos los principios que inspiran el Texto constitucional, alcanzando un concepto único, estable e igual para todos los ciudadanos".

será susceptible de una mayor o menor extensión²⁸⁴.

Pero, todavía es posible concretar un poco más esa noción por cuanto es comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, el carácter bicéfalo de este derecho.

En efecto, siguiendo a un importante sector doctrinal, podemos afirmar que en el honor como derivado de la dignidad humana destacan dos aspectos: un aspecto subjetivo como <<sentimiento de la estimación que una persona tiene de si misma en relación con la conciencia de la propia dignidad moral>> y un aspecto objetivo entendido en el sentido de <<reputación, buen nombre o fama de que goce ante los demás una determinada persona>>²⁸⁵.

Esta misma idea se desprende del tratamiento que la

²⁸⁴Vid. en este sentido, BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., "Revisión del contenido del bien jurídico del honor", ADPCD, 1984, Tomo XXXVII, pág.313.

La opinión de este autor es expresamente criticada por VIVES ANTÓN, T.S., "Libertad de expresión y derecho al honor", op.cit., pág.245, en los términos que a continuación se reproducen: "si bien otorga primacía a los aspectos jurídico-constitucionales del honor, determina el contenido de éste en base a criterios sociales, fáctico y normativos. Se produce así un concepto contradictorio e inmanejable. La dignidad igual para todos, se erige en fundamento del honor; pero la realidad concreta del honor que se postula se deja a criterios variables según los individuos, que conducen a un mosaico de diferencias, incompatibles con el fundamento igualitario otorgado por el derecho constitucional".

²⁸⁵Por todos, vid. SEMPERE RODRÍGUEZ, C., "Comentario al art.18 de la Constitución española" en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española 1978* (dirigidos por Oscar Alzaga Villamil), Edit. Edersa, 1984, pág.457; ROGEL VIDE, C., "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional", PJ, 1991, n°22, pág.83.

La concepción doctrinal del honor es objeto de tratamiento pormenorizado al tratar de determinar si el prestigio profesional pertenece al derecho al honor o, si se trata de un derecho diferente.

jurisprudencia dispensa a este derecho pues también hace referencia a dos vertientes del núcleo protegible por el mismo y que están íntimamente unidas: inmanencia, que alude a la estimación que cada persona hace de sí misma y trascendencia o exteriorización que se refiere a la estima que los demás hacen de nuestra propia dignidad²⁸⁶.

La doble dimensión del derecho al honor²⁸⁷ propuesta por la doctrina mayoritaria y reflejada en la jurisprudencia ha sido, finalmente, confirmada con la nueva redacción del art.7.7 tras la reforma operada por el nuevo Código Penal, pues extiende su protección a la propia estimación, elemento que hasta el momento no había sido reconocido legalmente.

Apenas hemos desentrañado cuál debe ser el contenido del derecho al honor, nos encontramos con un problema, a nuestro entender, de importancia infravalorada: si el prestigio profesional está incluido en el núcleo protegible por ese derecho.

²⁸⁶Omitimos la relación de sentencias en las que se contiene esa doble configuración del derecho al honor por cuanto el tratamiento jurisprudencial de la materia se detalla a continuación, a propósito del análisis del prestigio profesional.

²⁸⁷Por el contrario, para VIVES ANTÓN, T.S. ("Libertad de expresión y derecho al honor", op.cit., pág.246 y en "Delitos contra el honor", op.cit., pág.674), siguiendo de cerca la jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, el núcleo esencial del honor se halla constituido por el honor interno pues "sólo desde la perspectiva del honor interno, esto es, desde la idea de dignidad de la persona, podrá, por consiguiente, determinarse cuando un menoscabo de la reputación o de la propia estima constituye un atentado al honor".

Hasta la entrada en vigor de la LO 1/1982, de 5 de mayo, la protección del derecho al honor, en el ámbito civil, se dispensaba al amparo del art.1902 y concordantes del Código Civil, pero con la nueva ley de protección civil de este derecho la base legal se desplaza, básicamente, a esta última, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas del Código civil relativas, sobre todo, a la responsabilidad.

Pues bien, una de las cuestiones de mayor transcendencia práctica²⁸⁸ que se plantea es ciertamente la que acabamos de apuntar, si el prestigio profesional forma parte del derecho al honor y por tanto habría que entenderlo englobado en el mencionado art.7.7 o si, por el contrario, es un derecho diferente y diferenciado y, en consecuencia, respecto al mismo seguiría aplicándose tan sólo el Código Civil.

Al objeto del presente estudio parece inexcusable comenzar señalando que, a nuestro juicio, lo más correcto es considerar el prestigio profesional como una manifestación del derecho al honor, si no la única, sí una de las más importantes, y por ello inescindible de su núcleo de protección, tal y como se trata de explicar en las páginas siguientes.

No obstante, podemos constatar al respecto que las

²⁸⁸El desgajar el prestigio profesional del derecho al honor no es una cuestión baladí sino que entraña importantes consecuencias tanto de carácter procesal, plazo de ejercicio de la acción, legitimación, procedimiento, como de carácter sustantivo. Bástenos recordar, al efecto, la presunción del daño prevista en el art.9.3 de la LO 1/1982.

soluciones aportadas por los autores para dirimir esta cuestión son, a todas luces, dispares e incluso, podría decirse, antagónicas, puesto que van desde un planteamiento dualista o restrictivo preconizado ya por LUCAS VERDÚ²⁸⁹ y defendido, entre otros por ESTRADA ALONSO, que sostiene que el derecho al honor es diferente del prestigio profesional y, por lo tanto, éste último queda excluido del ámbito de protección de la LO 1/1982²⁹⁰; hasta planteamientos denominados monistas o declarativos, entre cuyos partidarios se encuentra SALVADOR CODERCH, que entienden que el derecho al honor constituye un todo indivisible cuya comprensión abarca múltiples facetas dentro de las que se encuentra, precisamente, el prestigio profesional²⁹¹.

El confuso estado de la cuestión no se limita al ámbito

²⁸⁹LUCAS VERDÚ, P. ("Comentario al art.18 de la Constitución", en la obra colectiva *Constitución española comentada*, Edit.Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág.58) afirmaba que "la jurisprudencia probablemente distinguirá entre el honor y la fama a que tienen derecho todos en general, según la función o profesión que desempeñen...".

²⁹⁰Cfr. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor*, op.cit., págs.25 y ss. Asimismo consideran adecuado desgajar el prestigio profesional del honor, vgr. OSORIO, L., Comentario al art.18 de la Constitución, en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, op.cit., págs.143-144 y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L-H., "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", op.cit., pág.35.

²⁹¹Cfr. SALVADOR CODERCH, P., "El concepto de difamación en sentido estricto", en la obra colectiva *El mercado de las ideas*, Edit.Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs.236, 240-241. Esta opinión la ratifica posteriormente en "Comentario a la sentencia del TS de 25 de febrero de 1991", CCJC, abril-agosto 1991, n°26, págs.409 y ss.

La misma idea es compartida entre otros por CARRILLO, M., *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, op.cit., pág.50; BALAGUER CALLEJÓN, Mª L., *El derecho fundamental al honor*, op.cit., pág.126; CASAS VALLES, R., "Comentario a la sentencia del TS de 9 de febrero 1990", CCJC, abril-agosto 1990, n°23, págs.452 y ss., LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, op.cit., pág.216; MALUQUER DE MOTES, C., *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Edit.Bosch, Barcelona, 1993, pág.37.

teórico sino que tiene, asimismo, reflejo tanto en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, por cuanto hasta el momento no existe una doctrina consolidada y las soluciones a los concretos conflictos oscilan, sin solución de continuidad, de un extremo al otro²⁹², como en la doctrina del Tribunal Constitucional que, desde nuestro punto de vista, sostiene lo que hemos denominado una postura ecléctica que, a su vez, se dejará sentir en los pronunciamientos del Tribunal Supremo.

De entrada, podemos destacar, que provoca, cuando menos, cierta perplejidad el hecho de que partiendo de los mismos presupuestos, esto es, la doble dimensión del derecho al honor, objetiva (estimación ajena, consideración, buen nombre o fama) y subjetiva (sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal), se llegue a conclusiones absolutamente dispares, con lo que ello implica de inseguridad jurídica.

La tesis monista se encuentra en la jurisprudencia desde el año 1987 hasta nuestros días²⁹³. La defensa de estos

²⁹²Al hilo de expresado en el texto conviene precisar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de calificarse a sí misma de "reiterada" y "constante", si bien es reiterada está lejos de ser constante, pues sus pronunciamientos se asemejan al movimiento de un péndulo cuyos extremos, postura monista y postura dualista, se tocan de forma oscilante.

²⁹³Aunque los primeros conflictos ventilados al amparo de la L.O.1/1982 llegan al Tribunal Supremo un año antes, esto es, en 1986, hasta 1987 no existe un pronunciamiento sobre esta materia. En concreto las sentencias del TS en las que se sostiene la teoría monista son: SSTS 23 de marzo 1987, FJ7, (Ar.1716); de 30 de marzo 1987 (Ar.2573); de 22 de octubre 1987, FJ1, (Ar.7309); de 20 de mayo 1988, FJ1, (Ar.4319); de 23 de febrero 1989, FJ3, (Ar.1250); de 24 abril 1989, FJ5, (Ar.3254); de 12 de mayo 1989, FJ5, (Ar.3763); de 4 de enero 1990, FJ4, (Ar.6); de 11 junio 1990, FJ1, (Ar.4854);

postulados aparece reflejada indirectamente en la sentencia de 26 de junio de 1987²⁹⁴ que establece que "el honor, como derecho fundamental de la persona, bien se considere desde el punto de vista de cada concreto individuo, o sea, como sentimiento de la propia dignidad -criterio subjetivo-; bien se contemple bajo el prisma del ámbito social que le circunda, como reconocimiento que los demás hacen de nuestra propia dignidad. -criterio objetivo-; bien, incluso, si con una posición un tanto ecléctica, se estimase el honor enlazando ambas posiciones, es lo cierto que el mismo constituye un derecho fundamental de la persona que declarado por la Constitución Española genéricamente en el art.10.1º y específicamente en el 18.1 ha de ser tutelado por los Tribunales, habida cuenta las consecuencias que su ataque o lesión pueden derivar para el particular ofendido, no ya sólo en la esfera íntima de su propia estimación por las repercusiones que en su psique puedan producirse, sino también en la del ambiente o medio social en que cada persona se mueve, de lo que pueden derivar trascendentes consecuencias tanto en el marco de las relaciones laborales, como económicas, como incluso en las de simple trato social".

de 30 septiembre 1991, FJ2, (Ar.6847); de 29 noviembre 1991, FJ2, (Ar.8574); de 27 enero 1993, FJ2, (Ar.510); de 4 febrero 1993, FJ4, (Ar.824); de 21 julio 1993, FJ3, (Ar.6272); de 3 diciembre 1993, FJ4, (Ar.9493); de 18 mayo 1994, FJ6, (Ar.4092); de 19 mayo 1994, FJ3, (Ar.4101); de 20 octubre 1994, FJ4, (Ar.8145); de 6 marzo 1995, FJ7, (Ar.1783); de 27 de mayo 1995, FJ9, (Ar.4135); de 31 de julio de 1996, FJ2, (Ar.5575).

²⁹⁴Fundamento Jurídico 7º, (Ar.4824).

Ya, de una forma más clara, se recoge en la fundamentación jurídica de la Sentencia de 24 de abril de 1989²⁹⁵ por cuanto en ella se afirma que "resulta innegable que el derecho al honor es, esencialmente, un derecho derivado de dignidad humana y consistente en no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental, entre otros, en nuestra Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida respecto a determinada persona que, de modo inexcusable, la haga desmerecer en su propia estimación o del público aprecio, significación esta última que viene a estar en línea con la intromisión ilegítima que se recoge en el número 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 (...); por ello conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la persona afectada (inmanencia) e incluso, de la familia, como en el externo o ámbito social (trascendencia) y por tanto, profesional, en el que cada persona desarrolla su actividad".

A nuestro juicio, de la literalidad de la argumentación resulta, sin necesidad de extremar su interpretación, que el prestigio profesional es una manifestación natural del derecho al honor.

²⁹⁵Fundamento Jurídico 5º, (Ar.3254).

No obstante, cualquier atisbo de duda que pudiera albergarse sobre la afirmación anterior se desvanece en pronunciamientos posteriores como, por ejemplo, en el contenido en la sentencia de 25 de marzo de 1993²⁹⁶ que declara: "el prestigio profesional debe ser salvaguardado dentro del ámbito de defensa del derecho constitucional al honor".

En el momento actual, creemos que puede afirmarse la existencia de una tendencia a la consolidación de esta postura, sobre todo a la luz de las últimas sentencias, vgr. STS de 6 de marzo de 1995 y de 27 de mayo de 1995²⁹⁷ fundamentos jurídicos 7 y 9 respectivamente. Concretamente, este último y, en el contexto del análisis de la exigencia del requisito material de intromisión ilegítima para la virtualidad de la protección civil del honor prevista en la LO 1/1982, sostiene que el prestigio profesional forma parte de la reputación, fama, y, por ello del honor que garantiza el artículo 18 de la Constitución. Es más, la Sentencia de 31 de julio de 1996²⁹⁸ en su fundamento jurídico 2º señala literalmente que "en el ámbito del art.7.7 en relación con el 2 de la Ley Orgánica 1/1982, cabe incluir la protección que merece el prestigio profesional (...) el prestigio profesional se integra en el patrimonio espiritual de los seres humanos; todos tienen

²⁹⁶Fundamento Jurídico 3º, (Ar.2237).

²⁹⁷Ar.1783 y 4135, respectivamente.

²⁹⁸Ar.5575.

derecho a alcanzarlo, con una actuación correcta, ejemplar y reconocida en sus diferentes cometidos profesionales o laborales y por ello a defenderlo ante las intromisiones ilegítimas de los demás, que lo merman o lo destruyan por completo. La labor diaria del buen hacer construye respecto de las gentes, por ser algo que no se concede sino que se logra con el propio esfuerzo merece reconocimiento y hace acreedor de honra y consideración. Si bien la crítica a la pericia profesional es procedente, deja de perder su legitimidad y naturaleza de crítica positiva para convertirse en ataque, cuando su contenido, forma y características de la divulgación, hacen desmerecer la consideración que los demás tienen de la dignidad y prestigio de la persona contra la que se dirige".

De lo expuesto hasta el momento se desprendería que el Tribunal Supremo asume sin ambages una postura monista. Sin embargo, a la vez y, como ya anticipábamos, en el período de tiempo que va hasta el año 1992, son frecuentes otros pronunciamientos de signo contrario en cuanto exponentes claros de la tesis dualista²⁹⁹.

En tal sentido y, por su trascendencia, ya que su fundamentación jurídica se repetirá en numerosas sentencias posteriores, merece ser destacada la STS 2 de marzo 1989 que

²⁹⁹Entre otras Sentencias del TS que sostienen la teoría dualista, vid. SSTs de 2 marzo 1989, FJ3, (Ar.1748); de 16 junio 1989, FJ3, (Ar.4693); de 13 noviembre 1989, FJ Único, (Ar.7873); de 21 diciembre 1989, FJ2, (Ar.8859); de 9 febrero 1990, (Ar.672); de 5 octubre 1992, FJ2, (Ar.7526); de 25 diciembre 1993 (Ar.10087); de 14 diciembre 1994, FJ3, (Ar.10110).

señala que "los derechos del individuo coexisten con otro grupo de derechos de la persona. Aquellos llamados personalísimos, encuentran una protección jurídica especial, como ocurre con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar o la propia imagen, al paso que los últimos encuentran también su tutela jurídica cuando son vulnerados, habiéndose catalogado entre estos últimos el prestigio profesional como patrimonio de la persona. Los primeros encuentran su tutela en el ámbito de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, al paso que los segundos han de acogerse a la tutela genérica del art.1902 del Código Civil cuando se demuestre la existencia de daño moral.

El honor protegido genéricamente por la calendada Ley Orgánica está representado por dos aspectos íntimamente conexos: a)el de inmanencia representado por la estimación que cada persona hace de sí mismo y b)el de trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad. En cambio, el prestigio se decanta por los derroteros de la buena fama que disfruta una persona, bien como tal persona o por su profesión o influencia que se tiene por ella".

Son varias la objeciones que, a nuestro juicio, pueden hacerse a este razonamiento dualista y de consecuencias claramente restrictivas.

En primer lugar, consideramos que la distinción, reiterada

en numerosas sentencias, entre "derechos fundamentales" y "derechos de la personalidad" no es segura sobre todo si tenemos en cuenta que la propia LO 1/1982 no se ajusta, ni remotamente, a la misma.

En segundo lugar, es cierto que, en los últimos tiempos, asistimos a un fenómeno de constitucionalización o fundamentalización de los derechos de la personalidad. En tal sentido, parece oportuno señalar que, si bien la Constitución de 1978 supone una quiebra de determinadas instituciones, aquéllas que pugnan con la idea misma de Estado de Derecho, no es menos cierto que el elevar a la categoría de fundamentales derechos que hasta la fecha se reconocían por otras vías, tal es el caso del reconocimiento jurisprudencial de la tutela civil del derecho al honor al amparo del art.1902 CC, no puede hacernos olvidar la existencia de un concepto de honor que debe tenerse en cuenta en la medida en que no resulte contrario al nuevo orden jurídico instaurado por la Constitución y se amolde a la socialización operada por este derecho.

Es por ello que, teniendo en cuenta que su reconocimiento positivo no implica su reconocimiento *ex novo*, debe recordarse que el concepto de honor utilizado tradicionalmente por el Tribunal Supremo abraza todas las manifestaciones de éste, siendo frecuente encontrar afirmaciones como la de la sentencia de 7 de febrero de 1972 en la que se nos dice que "la tutela del honor en la vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las

manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, literario, artístico, profesional, etc,) "³⁰⁰.

En tercer lugar, no parece aceptable que, partiendo de admitir la doble dimensión del derecho al honor objetiva y subjetiva, inmanente y trascendente, luego se pretenda escindir el prestigio profesional. Antes al contrario, la aceptación casi unánime de la doble dimensión del honor, positivizada en el art.7.7 y el asentimiento de que la estimación abarca todos los ámbitos de la consideración social y, por tanto, el profesional, hace difícil cualquier intento de separarlos a *posteriori* sin que ello implique incurrir en un quebrantamiento de la legalidad vigente.

Pero es que además, para proceder a una interpretación de evidentes consecuencias restrictivas debería existir un amparo, o cuando menos, algún indicio en el texto constitucional, o en la propia LO 1/1982 que así lo permitiera, lo cual no se produce habida cuenta de que un reposado análisis de ambos textos, nos lleva a negar tal posibilidad con la consiguiente

³⁰⁰En el concepto de honor protegido al amparo del artículo 1902 del CC, en tanto en cuanto no existía Constitución y mucho menos legislación especial, es frecuente encontrar pronunciamiento en los que de manera clara se comprende englobado el prestigio y el crédito del comerciante vgr.SSTS de 14 de diciembre 1917, de 31 de marzo 1930 (Ar.816) y de 25 de junio 1945 (Ar.721).

En esta misma línea discurre el pensamiento de muchos autores anteriores a la Constitución. Por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J., ("Los derechos de la personalidad", op.cit., pág.51) nos dice que "en vía civil, la tutela del honor ofrece una gran amplitud. Se observa por los autores que esa tutela abraza todas las manifestaciones del sentimiento de estima de la persona (honor civil, comercial, político, literario, artístico, etc.)".

negación de desvinculación del prestigio profesional³⁰¹.

En cualquier caso, esta doctrina "dualista" se repetirá de manera intermitente hasta la Sentencia de 5 de octubre de 1992³⁰², cuyo voto particular³⁰³ recoge la teoría ecléctica que abanderara el Tribunal Constitucional.

La primera Sentencia en la que de manera expresa el Tribunal Constitucional aborda el problema del prestigio profesional como integrante del derecho al honor es la STC 40/1992³⁰⁴ que, si bien podría pensarse que confirma la

³⁰¹En esta línea, vid. SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, op.cit., pág.240. Este autor además advierte que la tesis dualista es "difícilmente admisible y de constitucionalidad dudosa: amputa un aspecto del derecho al honor con base en una distinción que no se encuentra en el texto constitucional; presupone además la disociabilidad de la dimensión laboral o profesional de la puramente personal; no es fácil sostener que el trabajo no define y sustenta parte esencial del personalidad humana o no condiciona sustancialmente su desarrollo". (Ibidem, pág.240)

³⁰²La sentencia de 5 de octubre de 1992 es el último bastión de la postura dualista, a salvo, claro está, la sentencia de 14 de diciembre de 1994, FJ3 (Ar.10110), que a nuestro juicio constituye un pronunciamiento aislado.

³⁰³En efecto, el voto particular del magistrado Villagómez Rodil en su fundamento jurídico 2º afirma que en el concepto de honor al que la Ley Orgánica 1/1982 dispensa protección tiene perfecta acogida el honor profesional de cada individuo, en cuanto factor integrante de su personalidad íntima, y ello porque considera que el derecho al honor conlleva no sólo la defensa de la propia estimación, sino también la que tenga en círculos familiares y sociales y, por extensión, la consideración socio-profesional de que goza en los ámbitos de desarrollo de estas actividades propias de los seres humanos, pues, a veces, actúa tanto como identificadora como definidora del modo de ser y comportarse de cada individuo o del concepto que los demás tengan de uno, lo que le lleva, finalmente, a asumir la doctrina del Tribunal Constitucional recogida a partir de la STC 40/92 que simboliza lo que nosotros consideramos una postura ecléctica.

³⁰⁴Sentencia de 30 de marzo de 1992, BOE nº109, 6 de mayo, en la que se declara no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio 1989 (Ar.4693).

La postura ecléctica aparece además en pronunciamientos posteriores del Tribunal Constitucional: 76/95.

Asimismo es recogida en las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

concepción dualista recogida en la sentencia impugnada, establece importantes matizaciones que apartándose de dicha concepción, dan un nuevo enfoque a la cuestión que se sitúa a caballo entre las dos tendencias anteriores.

En la argumentación jurídica vertida en la misma, el Tribunal parte de afirmar en su fundamento jurídico 1º que dentro del ámbito del derecho al honor no cabe excluir radicalmente el prestigio profesional. Si bien, a continuación en el fundamento jurídico 3º, con una argumentación, a nuestro juicio, irresoluta, señala que "no son necesariamente lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, distinción que pese a sus contornos no siempre fáciles de deslindar en los casos de la vida real, no permite confundir sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia profesional en el ejercicio de una actividad con un atentado o lesión a su honor y honorabilidad personal". Y, seguidamente, reitera que tal aserto "no puede llevarnos a negar rotundamente, como hace la sentencia impugnada, que la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona puedan ser constitutivos de una intromisión ilegítima en el derecho al honor cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza,

de 18 noviembre 1992, FJ2a, (Ar.9235); de 20 diciembre 1993, FJ2, (Ar.10088); de 28 febrero 1994, FJ2, (Ar.686 del año 1995); de 24 mayo 1994, FJ1, (Ar.3737).

características y forma en que se hace esa divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona".

La conclusión a la que llega nuestro Tribunal Constitucional nos merece una valoración negativa y ello debido, fundamentalmente, a dos razones.

Por un lado, se parte de presuponer la disociabilidad de la dimensión laboral de la puramente personal, lo cual, es difícilmente sostenible si tenemos en cuenta que el trabajo dignifica a la persona y está estrechamente unido al desarrollo de la personalidad, aspectos ambos que se materializan en el contenido del art.10.1 CE que, como ya hemos tenido ocasión de señalar, es uno de los pilares del reconocimiento del derecho al honor en el art.18.1 CE. Consiguientemente, a nuestro entender, la cuestión no es ya el determinar si se trata de honor o de prestigio profesional, si éste pertenece a aquél, si son disociables o no, sino que habrá que estar a lo establecido en el art.7.7 de la LO 1/1982. Por lo tanto, cualquiera que sea el término utilizado, si las expresiones proferidas o los hechos atribuidos a una persona la hacen desmerecer en la consideración ajena o, atendiendo a la nueva redacción, lesionan la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, se entenderá producida una intromisión ilegítima y será de aplicación la mencionada ley orgánica, llámese honor, llámese prestigio

profesional.

Por otro lado, la lógica del discurso del Tribunal Constitucional arranca de un presupuesto equivocado puesto que toma en consideración la entidad de la lesión inferida para determinar la escisión o no del prestigio profesional y no atiende al bien jurídico protegido. Es más, de haber tenido en cuenta este último, se concluiría que el bien es el mismo.

Por ello, entendemos que el grado de la crítica, criterio determinante para dilucidar si una conducta es constitutiva de intromisión ilegítima, no puede elevarse a la categoría de argumento que permita escindir el prestigio profesional del derecho al honor.

La postura del Tribunal Constitucional se confirma en sentencias posteriores, así pocos meses después tiene lugar el siguiente pronunciamiento, la STC 223/1992 que, al admitir el recurso de amparo contra la STS 2 de marzo de 1989, emblemática de los postulados dualistas, parece desterrar definitivamente la teoría dualista en favor de una postura moderada, que hemos denominado teoría ecléctica.

En esta Sentencia, se demuestra la relatividad y mutabilidad del contenido del derecho al honor puesto que, tras

un breve recorrido histórico³⁰⁵ que abarca desde el sentimiento de honor del hidalgo hasta su significado en nuestro días, se afirma literalmente en su fundamento jurídico 3º que "el derecho al honor es lábil, cambiante y dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento".

En concreto, por lo que se refiere al momento actual, señala que el trabajo, concebido en nuestra Constitución como derecho y como deber (art.35.1 CE) representa para "la mujer y el hombre de nuestra época, el sector más importante y significado de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio o de la familia, pues de él dependen no ya el empleo o el paro, sino el estancamiento o ascenso profesional con las consecuencias económicas inherentes". Todo lo cual, le

³⁰⁵Reflejado en el Fundamento Jurídico 3º de dicha sentencia y que literalmente señala que: "el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre de nuestros días(...). Desde entonces hasta ahora el trabajo ha ido ganando terreno, desde una concepción servil a una consideración máxima en el orden de los valores sociales. En esa evolución ascensional el punto de inflexión lo marca el Real Decreto que el 25 de febrero de 1834 dirige la Reina Gobernadora Doña María Cristina, en nombre de su amada Hija la Reina Doña Isabel II, al Secretario de Despacho de Fomento don Javier de Burgos <<Informada de que algunas profesiones industriales se hallan aún degradadas en España>> a pesar de la pragmática de Carlos III recogida en la Novísima Recopilación (Ley 8ª, Título 23, Libro VIII), manda y declara que <<todos los que ejerzan artes u oficios mecánicos por sí o por medio de otros son dignos de honra y estimación, puesto que sirven útilmente al Estado>>, por lo que desde ahora pueden obtener cargos públicos, honores y distinciones. Casi un siglo después la Constitución de 1931 definiría a España como una <<República de trabajadores de todas clases>>".

lleva a concluir literalmente que "el prestigio en este ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aún que en el técnico, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor. A esta conclusión se llega por la vía más aséptica, si se repara que en que la Ley Orgánica que lo desarrolla, norma actual pues, donde se incorporan explícita o implícitamente los valores sociales de hoy, no contiene distinción alguna de facetas de la actividad ni tampoco excluye ninguna de su tutela."

Hasta aquí, la argumentación resulta impecable puesto que parece haber aprehendido el significado del trabajo en la vida del hombre actual y la necesidad ontológica de que el prestigio profesional se proteja bajo la cobertura del derecho al honor.

Sin embargo, resulta yermo tal esfuerzo interpretativo o, al menos, efímero si tenemos en cuenta la involución que supone concluir el fallo aludiendo, por un lado, expresa y literalmente al contenido de la STC 40/1992³⁰⁶ y, por otro lado, afirmando que "en el mismo sentido se pronunció antes y después de la Constitución, la doctrina del Tribunal Supremo, con el valor normativo complementario que le asigna el Código Civil (art.1.6), acervo jurisprudencial que tiene su punto de arranque en la Sentencia de 17 de febrero de 1972, a la cual siguieron otras muchas, donde se incluye el prestigio

³⁰⁶ Este último razonamiento se encuentra asimismo en el fundamento jurídico 4º de la STC 76/1995 de 22 de mayo.

profesional en el derecho al honor. La Sentencia impugnada rompe aisladamente tal concepción, con un razonamiento jurídico por lo demás conciso, sin haber tenido seguidoras en esa tendencia que se pretendía iniciar", puesto que, como puede inferirse, -teniendo en cuenta el análisis llevado a cabo en páginas anteriores-, la jurisprudencia del Tribunal Supremo si se puede calificar de algo en esta materia es precisamente de ser confusa y cambiante.

Lo señalado hasta el momento no hace sino reafirmarnos en la idea de que debería avanzarse hacia una consolidación de la teoría monista pues, recordando nuevamente la dimensión marcadamente social de este derecho, sería un paladino error ignorar la importancia del trabajo dentro de nuestra Sociedad como manifestación del libre desarrollo de la personalidad prescindiendo, además, de un criterio de lógica interpretativa al que hay que atender a tenor del art.3.1 del Código Civil, la realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas.

Pero es que además, tratándose de bienes inmateriales no debe olvidarse: 1) la dificultad de delimitar cuándo un determinado hecho o afirmación lesiona el prestigio profesional y deja incólume el honor o viceversa y, 2) la facilidad de que en ese intento se abra una vía a la arbitrariedad y a la inseguridad.

Finalmente, para rematar el análisis de este último apartado del art.7, no es ocioso advertir la necesidad de proceder a una valoración conjunta de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exigencia que es asimismo extrapolable a los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

Por razón de esta valoración global, dada la permeabilidad de los derechos objeto de nuestro estudio, sensibles a cualquier cambio social por pequeño que éste sea, se hace inexcusable, a la hora de su ponderación, recurrir al mayor número de elementos de juicio posibles, para poder dilucidar con éxito la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones.

En este sentido, es constante la jurisprudencia que señala la necesidad de valorar el contexto en el que se produce la conducta que es objeto de calificación. Pronunciamientos como el que a continuación se transcribe, aparecen en la mayoría de las sentencias recaídas sobre esta materia: "la protección jurisdiccional, tanto antes como después de la Ley 1/1982 debe ser dispensada haciendo aceptación de la índole, características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo, en supuestos de ofensas al honor inferidas mediante expresiones verbales o escritas, el absolutivizarlas mediante extraerlas y desligarlas del contexto, debiendo estarse siempre a la totalidad para así inducir el verdadero sentido, siendo obligado asimismo el tomar

en consideración el objeto y finalidad perseguidas"³⁰⁷.

Esta valoración conjunta, proyectándose, sobre todas las circunstancias fácticas, contextuales, a la intromisión, conduce, también, a la conclusión de que no es condición *sine qua non* la utilización del nombre y apellidos para referirse a una persona determinada porque, si bien es cierto que el nombre y apellidos de una persona son datos que indubitadamente individualizan a una persona y permiten distinguirla de las demás, existen muchos otros medios, que acompañados de un mínimo de intuición, permiten averiguar con éxito, la persona de quien se trate (vgr., rasgos físicos, relaciones de parentesco, números de teléfono, etc).

La jurisprudencia en este punto es igualmente constante. Como muestra de este modo de proceder, cabe aquí traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de

³⁰⁷Vid SSTs de 26 de noviembre de 1987, FJ3, (Ar.8692); 5 de mayo 1988, FJ1, (Ar.3880); de 8 de julio de 1988, FJ3, (Ar.5726); de 24 de octubre de 1988, FJ5, (Ar.7635); de 12 de mayo de 1989, FJ5, (Ar.3763); de 1 de junio 1989, FJ3, (Ar.4280); de 4 de enero de 1990, FJ4, (Ar.6); de 30 abril 1990, FJ3.1, (Ar.2808); de 17 de mayo de 1990, FJUnico, (Ar.3736); de 20 de mayo de 1990, FJ2, (Ar.4102); de 22 de mayo de 1990, FJ1.A, (Ar.3829); de 28 mayo 1990, FJ2, (Ar.4090); de 7 de septiembre de 1990, FJ1, (Ar.6856); de 9 enero 1991, FJ2, (Ar.292); de 27 de noviembre de 1991, FJ3, (Ar.8494); de 29 de noviembre de 1991, FJ2 (Ar.8574); de 6 de junio de 1992 (Ar.5007); de 3 de diciembre de 1993, FJ4, (Ar.9493); de 27 octubre 1994, FJ1, (Ar.7679); de 6 abril 1995, FJ4, (Ar.3418); de 26 septiembre 1995, FJ1, (Ar.6671); de 5 de junio de 1996, FJ5, (Ar.4819); de 15 de julio de 1996, FJ13, (Ar.5796).

En este materia consideramos una aportación útil e importante la disección que del contexto en general lleva a cabo SALVADOR CODERCH, P. y otros (*¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, op.cit., pág.34, nota n°14), en relación a la distinción entre hechos y opiniones, concretamente se refiere a distintos contextos uno lingüístico, otro factual (extralingüístico) y otro formal, todos ellos nos parecen importantes.

1992³⁰⁸. Este pronunciamiento tiene su origen en la publicación en el "El Diario Montañés" de una noticia relativa a un delito de violación en la que se hacía referencia a la víctima dando suficientes datos para identificarla siendo irrelevante, por lo tanto, el hecho de que no figurasen en el artículo los apellidos pues dicha omisión no impedía su identificación por el lujo de detalles que sobre la persona de la víctima se acompañaban, datos como el nombre, la vecindad civil, la edad, etc³⁰⁹.

C.-LA LO 5/1992: ARTÍCULOS 3 A 7.³¹⁰.

La previsión contenida en el art.18.4 CE de que "la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos", se ha visto colmada con la promulgación de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, que pretende implantar los mecanismos necesarios para prevenir las

³⁰⁸FJ2, (Ar.2013).

³⁰⁹En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal con anterioridad, vgr. STS de 18 de julio de 1988, FJ1, (Ar.5726), y posteriormente vgr. SSTS de 23 de marzo de 1993, FJ3, (Ar.2543); de 4 de octubre de 1993, FJ3, (Ar.7458); de 7 de diciembre de 1993, FJ1, (Ar.9836); de 30 de noviembre de 1995, FJ1 y 5, (Ar.8900); de 12 de junio de 1996, FJ2, (Ar.4758).

³¹⁰Publicada en el BOE n°262, 31 de octubre de 1992. Sobre los aspectos formales de esta ley, vid. supra II.1.iii.-Cauce constitucional para el desarrollo de estos derechos: La reserva de Ley.

violaciones de la privacidad y hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos informatizados.

En este sentido el art.1 de la LORTAD establece literalmente que "la presente Ley Orgánica, en desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del artículo 18 de la Constitución, tiene por objeto limitar el uso de la informática y otras técnicas y medios de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos".

Los derechos objeto de protección, en principio, son los mismos que en la LO 1/1982. No obstante, es preciso hacer dos órdenes de matizaciones.

En primer lugar, debemos señalar que la Ley del 92 omite cualquier referencia al derecho a la propia imagen, de ahí que deba concluirse su exclusión, circunstancia ésta que nos merece una valoración negativa puesto que no sólo el honor y la intimidad pueden verse menoscabados como consecuencia del tratamiento informático, sino también la imagen³¹¹, porque en

³¹¹VELÁZQUEZ BAUTISTA, R., *Protección jurídica de datos personales automatizados*, Edit.Colex, Madrid, 1993, págs.47 y 217. Como señala el mencionado autor, este enfoque, que relaciona el derecho a la imagen con un tratamiento automatizado de la información, a más de uno podrá parecerle cuando menos extraño o quizás incorrecto.

Así lo debieron considerar los redactores de la Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad personal y familiar, y

la actualidad en los ficheros informáticos además de los bancos de textos se pueden contener imágenes. Precisamente, en este sentido no podemos dejar de manifestar la perplejidad que provoca el contenido del art.2 del Proyecto de Ley Orgánica por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, el cual literalmente establece que: "1º.-La captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos, en los términos previstos en la presente Ley, así como las actividades preparatorias, quedan excluidas del ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a tenor del artículo 2.2...

2º.-Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal"³¹².

En segundo lugar, por lo que se refiere al derecho a la intimidad, podría pensarse que la Ley del 92 al utilizar en su

a la Propia Imagen. Pues los mismos al redactar la Disposición Transitoria Primera, actualmente derogada por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal, en la que se precisa la aplicación de dicha ley, para el caso de intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática relacionan las mismas exclusivamente con los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Exclusión a mi parecer no acertada, pues actualmente hay que hablar de bancos de datos de textos, pero también de imágenes, opinión que confirma la Ley de Privacidad de los Estados Unidos.

³¹²BOCG de 4 de octubre de 1996, nº16-1, pág.2.

Exposición de Motivos³¹³ el término, posiblemente más amplio, de privacidad está protegiendo un derecho distinto. A nuestro juicio se trata, sin embargo, de una apariencia ya que el texto articulado alude exclusivamente a la intimidad, lo cual, por una parte, es un reflejo de la generosidad del reconocimiento del derecho a la intimidad, cuya dimensión positiva en este contexto adquiere una gran importancia y, por otra parte, viene justificado en la medida en que permite abarcar todos los datos relativos a una persona, incluso aquéllos que podrían parecer inocuos, como el expediente académico, el uso del llamado "dinero de plástico", etc, habida cuenta de que un tratamiento ordenado de los mismos pueden resultar de singular relevancia pues permite, por ejemplo, "dibujar un determinado perfil de una persona, afectando a su reputación o fama, en definitiva su honor"³¹⁴.

Aún cuando en la redacción definitiva de la LORTAD la protección de estos derechos no se instrumenta alrededor del concepto de intromisión ilegítima, a diferencia de lo que ocurría en el Anteproyecto de ley, cuyo art.46.1 establecía que

³¹³En efecto, la Exposición de Motivos señala que hasta el presente la "privacidad" estaba defendida por el tiempo, ya que su transcurso permitía borrar los recuerdos de actividades ajenas y, por el espacio, ya que la distancia impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos protagonizados por los demás, que hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos.

Sin embargo, hoy, uno y otro límite han desaparecido, las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio y el tiempo, toda vez que la informática permite almacenar datos que se obtienen a través de las comunicaciones y acceder a ellos en apenas segundos por muy lejos que estuviera el lugar en que ocurrieran los hechos.

³¹⁴Vid. Exposición de Motivos de la LORTAD.

"se considerarán intromisión ilegítima en los ámbitos protegidos por la presente Ley el acceso, uso y difusión, así como la elaboración automatizada de datos de carácter personal que no se ajustare a lo previsto en la misma y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil al Honor, la Intimidad personal y familiar y la Propia Imagen.", es obviamente inexcusable tenerla en cuenta para completar el elenco de conductas constitutivas de intromisión ilegítima y, por lo tanto generadoras, en principio, de responsabilidad civil³¹⁵.

Esta nueva ley se articula en torno a lo que convencionalmente se denominan "datos de carácter personal", "ficheros de datos" y "tratamiento automatizado", por lo que es preciso atender primeramente a la delimitación de tales conceptos para poder determinar qué conductas tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas.

³¹⁵Sin duda es posible el nacimiento de responsabilidad civil como consecuencia de los daños que se ocasionen por el tratamiento automatizado de datos aunque la ley no lo recoja expresamente se puede inferir del artículo 17.3 que establece que "los afectados que, como consecuencia del incumplimiento de los dispuesto en esta Ley por el responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados" y así lo ha puesto de relieve MARTÍNEZ-CALCERRADA, M., *La responsabilidad civil profesional*, Edit.Colex. Madrid, 1996, pág.116.

Abundando en este tema, hubiera sido deseable que se mantuviese una previsión análoga a la contenida en el art.46.2 del Anteproyecto de Ley Orgánica de Regulación del Uso de la Informática para la Protección de los Datos Personales presentado por el Gobierno en el que se establecía que "la responsabilidad civil derivada de actos de intromisión o injerencia en el ámbito del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que se llevaren a cabo valiéndose de medios o sistemas informáticos, se regirá en lo referente a la legitimación de los interesados y al ejercicio de la acciones procedentes, por lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo."

En este sentido, por datos de carácter personal la Ley entiende ex art.3.a) "cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable"³¹⁶. La referencia al carácter personal marca una sutil diferencia, con relación a los simples datos personales, aquéllos son una variedad de estos últimos puesto que los datos personales pueden no tener carácter personal, a los efectos de esta Ley, en la medida en que no sea posible asociarlos a una persona determinada o determinable³¹⁷.

Partiendo del presupuesto anterior y a título meramente ilustrativo podemos afirmar que son datos de carácter personal los de carácter existencial, como por ejemplo el nacimiento o la muerte, las actividades profesionales, las enfermedades, las informaciones que sean consecuencia de una actividad jurisdiccional (un divorcio, la declaración de concurso o quiebra, las condenas penales), e incluso aquellas informaciones que recaigan sobre cosas como por ejemplo la titularidad de bienes inmuebles.

A tenor del art.3.b de la LORTAD por ficheros de datos se entiende "todo conjunto de datos de carácter personal que sean

³¹⁶La definición legal de datos de carácter personal contenida en este art.3.a coincide literalmente con la definición de los mismos que se recoge en el art.2.a. del Convenio 108: "données à caractère personnel" signifie: tout information concernant une personne physique indentifiée ou identifiable (personne concernée)".

³¹⁷Cfr. HEREDERO HIGUERAS, M., *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal. Comentarios y Textos*, Edit.Tecnos, Madrid, 1996, pág.71.

objeto de un tratamiento automatizado, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso"³¹⁸.

Finalmente, dentro de la expresión tratamiento automatizado se comprenden, a tenor del art.3.c, las "operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo, y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias"³¹⁹.

Sistematizando los conceptos anteriores, puede afirmarse que tendrá la consideración de tratamiento automatizado ilegítimo aquél que refiriéndose a datos de carácter personal, esto es, cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables, no se adecúe a las previsiones legislativas, especialmente las contenidas en los arts.4 y 5.

El art.4 dispone que: "Sólo se podrán recoger datos de

³¹⁸ Este artículo sigue las pautas marcadas en el Convenio para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado en Estrasburgo 28 de enero de 1981, que en su art.2.b. establece que "fichier automatisé" signifie: tout ensemble d'informations faisant l'objet d'un traitement automatisé;".

³¹⁹ Lo cual también concuerda perfectamente con la descripción hecha en el art.2.c del mencionado Convenio a propósito del "tratamiento automatizado" que establece que "traitement automatisé" s'entend des opérations suivantes effectuées en totalité ou en partie à l'aide de procédés automatisés: enregistrement des données, application à ces données d'opérations logiques et/ou arithmétiques, leur modification, effacement, extraction ou diffusion;".

carácter personal para su tratamiento automatizado, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando tales datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas para las que se hayan obtenido.

En su clasificación sólo podrán utilizarse criterios que no se presten a prácticas ilícitas.

2.-Lo datos de carácter personal objeto de tratamiento automatizado no podrán usarse para finalidades distintas de aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos.

3.-Dichos datos serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del afectado.

4.-Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 15.

5.-Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos sus valores históricos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento

íntegro de determinados datos.

6.-Serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso por parte del afectado.

7.-Se prohíbe la recogida de datos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos."³²⁰.

Por su parte, el art.5 establece que: "1.-Los afectados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a)De la existencia de un fichero automatizado de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b)Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c)De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d)De la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

e)De la identidad y dirección del responsable del fichero.

2.-Cuando se utilicen cuestionarios u otros impresos para la recogida, figurarán en los mismos, en forma claramente legible,

³²⁰Este artículo responde, asimismo a la previsión contenida en el art.5 del Convenio 108, el cual establece que "Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont: a) obtenues et traitées loyalement et licitement; b) enregistrées pour des finalités déterminées et légitimes et ne sont pas utilisées de manière incompatible avec ces finalités; c) adéquates, pertinentes et non excessives par rapport aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées; d) exactes et nécessaire mises à jour; e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées."

ls advertencias a que se refiere el apartado anterior.

3.-No será necesaria la información a que se refiere el apartado 1 si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban"³²¹.

Un análisis lógico-sistemático del contenido de los preceptos que se acaban de transcribir, puede estructurarse sobre las siguientes coordenadas: 1)Finalidad, 2)Medios, 3)Datos, 4)Consentimiento, y 5)Información.

1).-La finalidad contribuye, como elemento fundamental, para la consideración de la legitimidad de la conducta (art.4.1); es, asimismo, un parámetro que se utiliza reiteradamente como delimitador de la licitud (art.4.2) de la recogida (pfo.1º en relación cono el ámbito y la finalidad)³²².

³²¹Igualmente, este artículo responde a las previsiones del Convenio 108, concretamente a lo dispuesto en el art.8.a "Toute personne doit pouvoir: a) connaître l'existence d'un fichier automatisé de données á caractère personnel, ses finalités principales, ainsi que l'identité et la résistance habitueele ou le principal établissement du maître du fichier".

No obstante, con relación a este artículo 5 debe tenerse presente la existencia de una excepción cuando se trate de ficheros de titularidad pública, puesto que según el art.22.1 de la LORTAD "lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 no será aplicable a la recogida de datos cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones Públicas o cuando afecte a la Defensa Nacional, a la Seguridad Pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas".

³²²Por consiguiente, no es extraño que la propia Ley prohíba los ficheros cuya exclusiva finalidad sea la de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual, (art.7.4º), de lo que, a nuestro juicio, se infiere que este tipo de datos sólo podrán recabarse accesoriamente, salvo que se trate de datos relativos a la salud, para los que el art.8 dispone que "sin perjuicio de lo que dispone el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los

2).-La importancia de los medios se desprende del n°7 del art.4, y significa que si la finalidad es lícita pero el medio es ilícito por ser contrario, por ejemplo, a la buena fe, la conducta tendrá, asimismo, la consideración de ilegítima.

3).-Los datos han de ser exactos (art.4.3)³²³, esto es, corresponder fielmente a la realidad que representan, además han de ser adecuados, pertinentes y no excesivos (art.4.1), vemos como nuevamente la finalidad contribuye en la delimitación de la ilicitud. En definitiva, de lo que se trata es de que los datos respondan con veracidad a la situación real, de lo contrario procederá su cancelación o modificación.

centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8, 10, 23, y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 85.5°, 96, y 98 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; 2, 3, y 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, y demás leyes sanitarias".

³²³La facultad del interesado de promover la corrección de los datos se contempla en el art.15 y en cualquier caso, será gratuita como así lo dispone el art.16.2 "no se exigirá contraprestación alguna por la rectificación o cancelación de los datos de carácter personal inexactos".

La posibilidad de controlar la corrección o exactitud de los datos así como su cancelación es frecuente en otros ordenamientos como por ejemplo el italiano, y así lo recoge ALPA, G. ("Privacy e statuto dell'informazione", en la obra colectiva *Banche dati telematica e diritti della persona* (a cura di Guido Alpa e Mario Bessone, Edit. Cedam, Padova, 1984, págs.257 y 258), quien específicamente en esta última afirma que "la legge (ben più intensamente di quanto non operi il Privacy Act) prevede che l'interessato possa controllare l'avvenuta correzione o cancellazione del dato inesatto o abusivamente conservato, chiedendo copia della scheda informativa; l'onere della prova, inoltre, incombe non tanto sull'interessato, quanto sull'organismo che ha provveduto alla registrazione (a meno che le informazioni non siano state raccolte per consenso dell'interessato). Quanto alla correzione, essa deve avvenire immediatamente, e d'ufficio, ad opera dello stesso organismo di registrazione (art.37)..."

4).-El consentimiento del afectado³²⁴ es preceptivo, salvo que existan causas de justificación, que la Ley entienda como tales y, que, por lo tanto, lo excluyan. Este consentimiento adquiere una mayor solemnidad cuando se trata de proteger lo que se consideran <<datos sensibles>>³²⁵ que a tenor del art.7 son: a) los relativos a la ideología religión o creencias, en este caso le asiste el derecho expreso a no prestar el consentimiento, y b) los que hagan referencia al origen racial, la salud y la vida sexual, los cuales sólo podrán ser objeto de tratamiento automatizado cuando por razones de interés general así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente³²⁶.

5).-Asimismo, resulta obligado, a tenor de lo dispuesto en el art.5 informar a la persona cuyos datos vayan a ser objeto de tratamiento automatizado, sobre una serie de extremos. Con el

³²⁴Para un análisis más pormenorizado de los caracteres y requisitos de este consentimiento, vid. *Infra* Capítulo II "Causas que eliminan la ilicitud" II.2.-El consentimiento en la LO 5/1992.

³²⁵Expresión utilizada por el legislador en la Exposición de Motivos, si bien en el texto articulado los denomina <<datos especialmente protegidos>>.

Son dos, como pone de relieve HEREDERO HIGUERAS, M. (*La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, ob.cit., págs.98 y 99), los criterios atendibles para determinar la consideración de sensibles: 1) la de que hay unos datos que por su naturaleza, por la información que expresan y por las consecuencias de su posible uso incontrolado, deben ser objeto de especial protección, es decir, datos sensibles *per se*, y 2) la de que no existen datos que requieran tal protección por su naturaleza, sino que cualesquiera datos pueden requerirla según el contexto en que se usan. Pues bien nuestro legislador, siguiendo nuevamente las directrices del Convenio 108, se decantó por la primera posibilidad.

³²⁶Una vez más, el origen de este art.7 lo encontramos en el art.16 del Convenio 108 "Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoit des garanties appropriées. Il en est de même des données à caractère personnel concernant des condamnations pénales."

establecimiento de esta obligación lo que se persigue, a nuestro juicio, es que la persona titular de los datos puede controlar el efectivo cumplimiento de todas las garantías que la Ley establece para una mejor protección de sus derechos.

En suma, podemos concluir que la regla general es que la conducta generadora de responsabilidad civil en el ámbito de esta ley abarca las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, destinados a la recogida, la grabación, conservación, elaboración o modificación de los datos relativos a una persona física identificada o identificable, aun cuando sea pertinente o adecuado, si no media el consentimiento expreso, si se le da una finalidad distinta de la de aquélla para la que fueron recabados, o si no concurre una causa legalmente prevista que lo justifique³²⁷.

³²⁷Sobre el consentimiento y las demás causas específicamente prevista en la Ley, vid. infra. Capítulo II Causas que eliminan la ilicitud.

2.-LOS USOS SOCIALES:

Como se recordará, el art.2.1 de la LO 1/1982 establece que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por la leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia", consiguientemente, la ley se ve auxiliada por otros parámetros jurídicos para la delimitación del ámbito de protección civil de estos derechos.

La remisión a los usos no es algo ajeno o extraño a nuestro Derecho positivo³²⁸, sin embargo, su utilización como criterio delimitador de las conductas constitutivas de intromisión ilegítima ha provocado comentarios de signo muy diverso.

DE LA VÁLGOMA considera que no puede adolecer de mayor imprecisión y vaguedad, afirmando, en consecuencia, que "es curioso que en las leyes de nueva creación que podrían incluso calificarse de progresivas, se remita a los "usos sociales".

³²⁸Así por ejemplo el art.1.3 del CC en su último inciso dispone que "los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre". Otros ejemplos distintos se encuentran en el art.1555.2° CC establece que el arrendatario está obligado: 2° "A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra.", en el último inciso del art.1894 CC "los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle", etc.

Es como si el legislador temiera ir demasiado lejos y diera con la vuelta al uso una marcha atrás". En su opinión tal remisión podría resultar incluso inconstitucional sobre todo en lo referente a la igualdad de las personas, por lo que propone como criterio más adecuado acudir a la "realidad social" que establece el art.3.1º del C.C³²⁹.

Por su parte, GITRAMA "considera grave, por peligrosa y arriesgada esta otra delimitación por los usos sociales siempre cambiantes e imprecisos; referencia que introduce un factor de inseguridad jurídica"³³⁰; en esta misma línea se pregunta si no habría sido suficiente acudir al criterio interpretativo de toda norma jurídica en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, como reza el art.3.1º³³¹.

En un sentido semejante se manifiesta CLAVERÍA GOSÁLVEZ puesto que entiende que una interpretación literal de la alusión al uso social como criterio delimitador del ámbito de

³²⁹Cfr. DE LA VÁLGOMA, Mª, "Comentario a la L.O. de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", op.cit., págs.662-663.

También SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. ("Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit., pág.65), nos dice que "Vivimos en una sociedad plural con multitud de sectores con sus propios valores y referencias, lejos de una sociedad uniformizada y sometida al mismo código ético. Es lógico que la comprensión del alcance de la esfera reservada a la intimidad se realice atendiendo a la "realidad social" del tiempo y al "contexto" (art.3 del Código Civil) en que han de aplicarse las normas, aunque en este supuesto, también ha de exigirse la intangibilidad, por mandato constitucional, del reducto esencial de la intimidad".

³³⁰GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., págs.212 y 213.

³³¹Ibidem, pág.213.

protección, implicaría una distinta tutela para cada tipo de persona³³².

Además aprecia, en dicha remisión, una contradicción que expresa, gráficamente, en los siguientes términos: "se asemeja a un hipotético animal cuyas patas traseras caminan en sentido opuesto a las delanteras: la misma ley nacida para transformar la realidad social queda atrapada por ésta. Si de lo que se trata es de defender la igualdad real de los ciudadanos es incongruente e inconstitucional"³³³.

No obstante, este mismo autor, quizá animado por encontrar una solución que salve tal contradicción, propone la siguiente interpretación: "los usos sociales aludidos no pueden implicar efectos contrarios a los fines del ordenamiento así podría decirse que una determinada intromisión es ilegítima en un momento determinado y que no lo es en otro, pero no podrán reputar ilegítima una determinada intromisión respecto de unas personas y no respecto de otras pues la adecuación a las diferencias sociales, económicas o ambientales que inevitablemente se den no deben hacer olvidar la irrenunciable misión del ordenamiento consistente en obtener una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos"³³⁴.

³³²Cfr. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H., "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/82", op.cit., págs.1249-1250.

³³³Ibidem, pág.1250.

³³⁴Ibidem, pág.1250.

Desde una óptica radicalmente opuesta, existen, asimismo, autores que acogen el criterio de los usos sociales de manera positiva. En este sentido, LÓPEZ JACOÍSTE afirma que "los derechos de la personalidad condensan criterios y señales ubicadores e indicativos de la posición jurídica de la persona; de suerte (como acontece en la ley que estamos analizando) dejan abiertas posibles determinaciones con arreglo a las ideas que se produzcan en la vida social"³³⁵.

Si esto es así, vemos claramente una identificación del uso social con las ideas siguiendo muy de cerca el tenor literal de la Exposición de Motivos por cuanto ésta parece identificar el uso social con "las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad"³³⁶.

Igualmente, aunque desde una perspectiva distinta, ROYO JARA afirma que "no cabe duda que el legislador ha querido introducir aquí la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico español, en cuanto norma creada e impuesta por el uso

³³⁵LÓPEZ JACOÍSTE, J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", op.cit., pág.1087.

En términos semejantes se manifiesta HERRERO-TEJEDOR, F. (*Honor, Intimidad y Propia Imagen*, op.cit., pág.154), pues afirma que la alusión a los usos sociales es correcta en tanto no contradice el principio de igualdad consagrado positivamente en el art.14 de la Constitución de 1978.

³³⁶Literalmente la Exposición de Motivos afirma que: "Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y el uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

social siempre que no sea contraria a la moral o al orden público"³³⁷. Lo cual, a su juicio, "encaja perfectamente en el concepto específico de uso social, en cuanto que conducta reiterada y socialmente entendida y que no sea cumplimiento de una norma moral ni jurídica, para distinguirlo de los usos normativos o usos jurídicos a que se refiere el art.1.3º"³³⁸. Además, tales usos le parecen fácilmente aprehensibles por cuanto se sustentan en un "hecho tangible y demostrable en algo materializado y concreto de lo que se puede partir"³³⁹.

Al hilo de todas estas afirmaciones, creemos oportuno poner de manifiesto nuestra discrepancia, la cual, fundamentalmente, pretende rebatir los siguientes extremos: 1) involución de la remisión, 2) la desigualdad, 3) la consideración de costumbre como fuente del Derecho y, 4) la inseguridad.

Consiguientemente, en primer lugar, frente a la aseveración de que la remisión a los usos sociales supone una involución, no podemos compartir dicha conclusión puesto que entendemos, por un lado, que tal remisión no puede interpretarse como un llamamiento al Derecho consuetudinario,

³³⁷Cfr. ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, op.cit., pág.93.

³³⁸Ibidem, pág.93.

³³⁹Ibidem, pág.193.

porque esos usos, -como luego explicaremos-, no son fuente del Derecho, sino que se trata de una remisión, por lo demás frecuente en nuestro ordenamiento jurídico, hecha por las propias normas para la delimitación tanto de sus supuestos, como de sus efectos. Se trata, por lo tanto, de una remisión subordinada, en cualquier caso, a los mandatos legales.

Por otro lado, no podemos participar de la opinión de quiénes consideran el uso social como antónimo de progreso, antes al contrario, se trata de un sutil vínculo que permite poner en relación, sin necesidad de ulteriores modificaciones legislativas, lo abstracto, -característico de la ley-, con lo concreto y cotidiano, esto es, las nuevas necesidades sociales, fruto, entre otros factores, de los avances tecnológicos³⁴⁰.

En segundo lugar, no podemos compartir el parecer de aquellos autores que concluyen que este criterio se erige en una importante fuente de desigualdades. En este sentido, debemos admitir que la valoración de los usos sociales puede, y de hecho así ocurre con frecuencia, entrañar en la práctica diferencias. Sin embargo, no debería entenderse que tales diferencias vulneran el principio de igualdad porque éste, tal y como es interpretado por el Tribunal Constitucional, se

³⁴⁰En un sentido semejante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre, FJ3, (Ar.9233), al referirse a los usos sociales nos dice que éstos "actúan como verdaderas pautas normativas que llenan de sentido los mandatos abstractos".

refiere a la igualdad equitativa, es decir, no prohíbe dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales³⁴¹.

En tercer lugar, en lo que atañe a la afirmación de que lo que ha querido introducir el legislador con la alusión a los usos sociales es, ni más ni menos, que la costumbre como fuente formal del Derecho, tampoco podemos aceptarla³⁴².

A fin de fundamentar lo que acaba de afirmarse, parece necesario partir de la consideración de que todos los usos son

³⁴¹Vgr. SSTC 33/1983, de 4 de mayo, FJ5, BOE n°120, 20 mayo de 1983; 49/1983, de 1 de junio, FJ4, BOE n°144, 17 de junio; 65/1983, de 21 de julio, FJ3, BOE n°189, 9 de agosto; 75/1983, de 3 de agosto, FJ2, BOE n°197, 18 de agosto; 103/1983, de 22 de noviembre, FJ5, BOE n°298, 14 de diciembre; 6/1984, de 24 de enero, FJ2, BOE n°42, 18 de febrero; 180/1985, de 19 de diciembre, FJ2, BOE n°13, 15 de enero 1986; 166/1986, de 19 de diciembre, FJ11.A, BOE n°3, 3 de enero 1987; 108/1989, de 8 de junio, FJ1, BOE n°158, 4 de julio; 68/1991, de 8 de abril, FJ3, BOE n°115, 14 de mayo; 88/1991, de 25 de abril, FJ2, BOE n°128, 29 mayo. Más recientemente, la STC 114/1995 de 6 de julio, FJ2, BOE n°184, 3 de agosto, FJ2.

³⁴²La clasificación de los usos sociales que llevamos a cabo, sigue de cerca el criterio expuesto por PENA LÓPEZ, J.Mª., "La costumbre y los usos jurídicos no constitutivos de fuentes del Derecho: Los usos integradores de las normas jurídicas y los usos interpretativos de una declaración de voluntad", en *Lecciones de Derecho Civil*, cedidas por cortesía del autor. Existen, otras muchas calificaciones, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico-jurídico GONZÁLEZ VICEN, F. ("Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Edit. Ministerio de Justicia, Tomo VIII, Madrid, 1991, pág.485) afirma que "la diferencia entre costumbre y usos sociales se nos aclara en cuanto nos percatamos de que no tenemos ante nosotros dos fenómeno homólogos, sino, muy al contrario, esencialmente diversos: un fenómeno psicológico y un fenómeno normativo. La costumbre es la inclinación natural del hombre a obrar en determinadas circunstancias de la misma manera a como ha venido actuando repetidamente en el pasado en iguales circunstancias. Los usos sociales, en cambio, son un conjunto de normas que nos prescriben un determinado comportamiento en ciertas situaciones, y a los que pueden responderse con el cumplimiento o con el incumplimiento como frente a toda norma y a todo deber ser". Más adelante señala (pág.492) que los usos sociales tratan de ser una manifestación externa de un supuesto mundo interior de afección u afabilidad, en tal sentido los sitúa entre la moral, que es mundo de la sinceridad, y el Derecho que es el mundo de la mera exterioridad.

sociales³⁴³. En este entendimiento, consideramos que dentro de los usos sociales *latu sensu* se encuentran los usos sociales *strictu sensu*, vgr. normas de cortesía, y los usos jurídicos *latu sensu*, los cuales, a su vez, pueden tener relevancia jurídica creadora de normas: la costumbre *strictu sensu*, o no tener esa función creadora: usos jurídicos *stricto sensu*, dentro de los cuales no sólo estarían los usos interpretativos de una declaración de voluntad, sino también los usos integradores de normas jurídicas, siendo, precisamente, estos últimos los que pueden tener la consideración de costumbre, pero en los términos que, a continuación se exponen.

Atendida tal clasificación, desde nuestro punto de vista, los usos sociales a los que se refiere el art.2.1 de la LO 1/1982, son unos usos normativos³⁴⁴; unos usos sociales con trascendencia jurídica que contribuyen a la delimitación de los derechos que la mencionada norma tutela. De ahí que concluyamos que los usos sociales del art.2 son usos jurídicos integradores

³⁴³Desde esta perspectiva Díez-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (*Instituciones de Derecho Civil*, op.cit., Vol.I, pág.99) señalan que "Los usos son siempre sociales y como tales usos existen o no. Desde el punto de vista del Derecho, lo único que hay son funciones diferentes que se pueden asignar a un mismo uso. Quiere decirse que un mismo uso podrá en ocasiones ser meramente interpretativo o en otras ser normativo. Por ello, hablar de usos interpretativos o no interpretativos no es exacto. Lo decisivo no son los tipos de usos, ya que la tipología no se puede establecer, sino las funciones que desempeñan o que se les encomiendan".

³⁴⁴La afirmación del valor normativo de los usos que se aluden en la LO 1/1982 no es, en absoluto, algo aislado. Así, para PÉREZ LUÑO, A.E. (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op.cit., pág.334), se trata de una de las remisiones al valor normativo de los usos más significativa de nuestro ordenamiento jurídico. Su razón de ser hay que buscarla en la dificultad que entraña el intento de establecer reglas apriorísticas o abstractas, susceptibles de definir, de una vez por todas, los imprecisos y variables límites del contenido de cada uno de estos conceptos.

de normas jurídicas, los cuales, si bien no son costumbre *stricto sensu*, pues no encierran la voluntad general de regular jurídicamente una situación dada³⁴⁵, sí tienen la consideración de costumbre.

Ahora bien, ¿qué se quiere decir cuando se afirma que tienen la consideración de costumbre?. En primer lugar, significa que son un instrumento cooperador con la ley, con lo que no ~~puede~~ se puede admitir un uso contra legem. En segundo lugar, tal aserto apunta a la necesidad de que estos usos cumplan todos los requisitos de la costumbre que sean acordes con su naturaleza, lo cual implica que, salvo aquellos

³⁴⁵Esto es lo que muchos autores denominan *opinio iuris*. Vid., ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, op.cit., T.I, Vol.1º, pág.95.

Con relación a la *opinio iuris* así concebida, discrepa Díez-Picazo, L. ("Comentario del art.1.3 del Código civil", en *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código, la Ley de 2 de mayo de 1975*, Edit.Tecnos, Madrid, 1987, vol.1º, págs.66-67), y en este sentido literalmente afirma que: "La constitución del hábito en modelo y por consiguiente su conversión en uso, y esa regla incorporada que ordena ajustarse a el, me parece que es lo que los clásicos designaban como *opinio*. Esto es: la convicción u *opinio* de que el uso obliga o se impone. Mas en lo dicho está implícita la idea de que la *opinio* no tiene por qué ser jurídica. Me ajusto al modelo porque considero que hay en él una regla social que tiene que observarse, con independencia de su carácter jurídico".

Como ha puesto de relieve BONET RAMÓN, F. (*Compendio de Derecho Civil*, Edit.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Tomo I, pág.143), los llamados usos sociales son prácticas de la vida, morales, religiosas, económicas, sociales, etc., extrañas al orden jurídico, pero que, muchas veces el Derecho, que debe tener su fundamento en la naturaleza real de las relaciones sociales, no puede hacer abstracción completa y deben tener en cuenta. Entonces aquellos usos producen efectos jurídicos, pero no constituyen fuente del Derecho, no llegan a ser costumbre, porque la Ley los tiene en cuenta como uno de tantos elementos de hecho para establecer la norma jurídica, y no como si fueran ellos mismos fuentes de normas.

En este sentido, vid. DE DIEGO, F.C., "El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil", *R.D.Priv.*, 1918, pág.323, Discurso leído por D.Felipe Clemente De Diego, en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de octubre de 1918. LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Parte General del Derecho Civil*, Tomo I, Vol.1º, Edit.Bosch, Barcelona, 1988, pág.195) afirma que los usos sociales son el soporte fáctico de la costumbre, pero carecen de trascendencia jurídica pues su incumplimiento "no acarrea responsabilidad jurídica alguna, sino, a lo sumo, cierta reprobación social".

requisitos directamente implicados con su carácter de generador de normas jurídicas vgr. la *opinio iuris*, los demás deberán ser satisfechos.

Así las cosas, los usos sociales del art.2.1 deberán ser reiterados, constantes, uniformes y, además, siguiendo a PENA LÓPEZ, les será exigible el requisito de la propiedad, esto es, que ese comportamiento pertenezca al grupo social destinatario de los mismos³⁴⁶.

Igualmente, les serán de aplicación los requisitos negativos de la costumbre: su no contradicción con la moral, el orden público y la ley.

Por consiguiente, el criterio de los usos sociales al que ha apelado el legislador del 82 es un uso normativo y, en este sentido, no es tenido en cuenta para fijar el contenido de una declaración de voluntad³⁴⁷, ni tampoco es generador de una norma jurídica, sino que se trata, simplemente, de integrar el contenido de una norma jurídica, delimitando el alcance de unos derechos³⁴⁸.

³⁴⁶Vid. PENA LÓPEZ, J.Mª., "La costumbre y los usos jurídicos no constitutivos de fuentes del Derecho: Los usos integradores de las normas jurídicas y los usos interpretativos de una declaración de voluntad", op.cit.

³⁴⁷A no ser que se entendiese el comportamiento del grupo social como la materialización de una declaración de voluntad del mismo, entendida ésta en un sentido totalmente impropio desde la óptica de la técnica jurídica.

³⁴⁸En otras ocasiones, tales usos se utilizan para delimitar el alcance de una obligación, vgr. arts.1555 y 1894.

Finalmente, en cuarto lugar, por lo que se refiere a la inseguridad que puede provocar este criterio delimitador, que ha llevado a algunos autores a preferir la aplicación del cánón hermenéutico de la realidad social, debemos señalar que si se considera inseguro el criterio de los usos mayor inseguridad reportaría el de la realidad social puesto que es todavía más amplio, en cualquier caso, debemos apresurarnos a señalar que no creemos que sea ése el efecto que produzca, antes ~~al~~ contrario.

El parámetro jurídico de los usos sociales no descarta la aplicación de otros criterios como, por ejemplo, el cánón hermenéutico de la "realidad social" recogido en el art.3.1 del Código civil³⁴⁹, pues su utilización puede ser de provecho en la ponderación de las circunstancias que concurran en los concretos conflictos que surjan en el ejercicio de estos derechos y, además, no existen razones que excluyan su ponderación como norma de Derecho común, en virtud del art.4.3 CC.

A nuestro juicio, si el legislador ha apelado a los usos sociales lo ha hecho en aras a delimitar de una manera más precisa la parcela de realidad social que ha de tenerse en

³⁴⁹Así puede inferirse de lo afirmado por PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (*Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del Artículo 3.1 del Código Civil*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1994, pág.69), en el sentido de que el canon hermenéutico de la realidad social, al igual que los otros cánones recogidos en el art.3.1 CC, no excluyen la aplicación otros elementos interpretativos.

cuenta, pues, en definitiva, los usos sociales sólo tienen sentido en el contexto más amplio de la realidad social³⁵⁰.

En este último sentido sírvanos de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1993³⁵¹, dictada con ocasión del recurso de casación interpuesto por Radio Televisión Española, entidad codemandada, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de mayo de 1990, por la que se estimaba la demanda de los actores interpuesta por vulneración de su derecho al honor como consecuencia de la emisión en un programa de Informe Semanal sobre el SIDA, de unas imágenes sacadas de contexto, pues pertenecían a una película, en las que aparecían dos homosexuales besándose y bailando.

En el fundamento jurídico 3º de esta Sentencia, cuyos hechos hemos relatado brevemente, no sólo se entiende lesionado el derecho al honor de los actores por vulneración del art.2.1 sino que el propio Tribunal recuerda que la conducta enjuiciada es, asimismo, contraria a la realidad social ex art.3.1 CC.

Pero es que además, si atendemos a la idiosincrasia de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, esto

³⁵⁰Es más, en algunas Sentencias, el adjetivo sociales se refiere conjuntamente a la realidad y a los usos, vgr. la STS de 25 marzo 1993 (Ar.2237), FJ4º señala que la conducta enjuiciada se ajusta perfectamente a "la realidad y a los usos sociales".

³⁵¹Ar.9484.

es, a la relatividad de su contenido, podemos afirmar que, tanto el objeto como el alcance de estos derechos son sensibles a las circunstancias de lugar, tiempo, personas. Consiguientemente, resulta indiscutible la procedencia y utilidad del cánón hermenéutico de la realidad social.

En conclusión, los usos sociales permiten valorar una concreta parcela de la realidad social, la más tangible, esto es, la relativa a las conductas o comportamientos del grupo social al que se destina la norma, relegando a un segundo plano, que no descartando por completo, otros aspectos de esa misma realidad que se sitúan en un plano más elevado como son, la escala de valores del individuo, la ideología, o las creencias personales.

Consiguientemente, nos merece una valoración positiva la introducción de los usos sociales como criterio que auxilia a la Ley a la hora de delimitar su ámbito de protección, puesto que su ponderación permite alcanzar soluciones más acordes con la tutela demandada por esta categoría de derechos.

Por lo que se refiere a la operatividad en la práctica del criterio de los usos sociales debemos manifestar que el Tribunal Supremo no ha tenido demasiadas ocasiones para pronunciarse sobre el mismo y, cuando lo ha hecho, de sus argumentaciones no pueden extraerse reglas generales, aunque sí puede concluirse que su ponderación puede producir efectos

antagónicos.

Por ejemplo, en la Sentencia de 4 de noviembre de 1986³⁵², la cual es el resultado del recurso de casación interpuesto por la Compañía Mercantil "Grupo Promotor Salmantino S.A" que resultó condenada en apelación al pago de una indemnización por el contenido de un artículo periodístico en el que se critica la forma de obtener un empleo público por parte de la demandante dña. Mª Dolores M.G., los demandados pretenden legitimar su conducta en los usos sociales.

En el artículo periodístico, titulado "Otra esposa consorte", se afirmaba que "la directora de la recientemente creada Oficina de Información al Consumidor se llama Mª Dolores M.G. y es esposa del actual director de la Filmoteca nacional, Juan Antonio P.M., situado socialista que "hizo la guerra" desde las trincheras de aquella publicación que se llamó "Concejo", de la que nunca se rindió cuenta a los accionistas. La plaza fue adjudicada mediante un concurso en el que participaron otros trece o catorce aspirantes. La esposa del señor P.M. obtuvo el triunfo por haber alcanzado la mayor puntuación. Una meteórica carrerita la de ese matrimonio (...) ¡Venga impuestos para sostener tal cantidad de <<enchufes>>!".

Los demandados, recurrentes en este caso, adujeron que el

³⁵²Ar.6205.

arraigo en nuestras costumbres públicas de esa práctica, justifica lo que el texto periodístico denuncia sin producir desdoro para la actora. En este entendimiento afirmaron que: a) la utilización de palabras como <<con-sorte>> y <<enchufe>> se enmarca dentro de los usos y expresiones periodísticas habituales en el día de hoy en todos los medios de comunicación social y b) siguiendo el contenido del art.3.1 del Código civil resolvieron que "en la España de hoy la utilización de las recomendaciones es el pan nuestro de cada día y no produce desmerecimiento alguno en la consideración ajena". En definitiva, partiendo del art.2.1º de la LO 1/82, consideran que en el presente caso no se ha producido ningún ataque contra el honor sino una crítica de la actual era socialista que es perfectamente acorde dentro de los usos sociales vigentes hoy en España. Por todo ello, concluyen que "el articulista en el presente caso se ha movido dentro del tono que hoy es habitual en los periódicos y Revistas de España".

Frente a tal interpretación, el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia en cuestión declara que "en cualquier tiempo y dentro de toda situación política, es gravemente ilícito para todos los intervinientes el inspirar el acceso a la función pública en otro designio que no sea el de la selección de los más idóneos y hacerlo de otro modo que mediante la cabal observancia de las bases de la convocatoria, que vinculan a los órganos para la selección y a los aspirantes. Por tanto, atribuir la obtención del empleo público

al margen de ese procedimiento, único lícito, apareja inequívocamente la imputación de venalidad".

Asimismo, el Tribunal Supremo tiene en cuenta de manera importante este criterio en la Sentencia de 23 de julio de 1990³⁵³, dictada como consecuencia del recurso de casación interpuesto por el periodista Luis del Olmo y la Cadena Cope contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona que les condena al pago en forma solidaria de dos millones de pesetas por los daños morales irrogados como consecuencia de la intromisión ilegítima en el honor de los demandantes.

El origen de este litigio, tal y como se desprende del fundamento jurídico 6º de la Sentencia, está en la emisión de un programa de radio en el curso del cual se acusa públicamente al demandante, a la sazón un hombre casado, de infidelidad.

Entre los motivos casacionales alegados por los recurrentes merece ser destacado el relativo a la infracción del art.2.1 de la LO 1/1982. El razonamiento que se acompañó hacía hincapié en la permisividad actual de las relaciones sexuales fuera del matrimonio y a la desvalorización sufrida por esta institución, todo lo que, a su entender, era perfectamente justificable dentro de los <<usos sociales

³⁵³Ar.6164, fundamentos jurídicos 5º y 6º.

Con relación a esta Sentencia vid. SERRA CALLEJO, J., "Comentario a la STS de 23 de julio de 1990", CCJC, 1990, nº24, pág.979.

deportivos>>.

Esta argumentación es enérgicamente rechazada por el Tribunal por cuanto declara que la atribución a uno de los cónyuges de una conducta de infidelidad hacia su consorte nada tiene que ver con los usos <<deportivos sociales>> ni son ~~son~~ justificables en ámbito alguno, pues se refieren a relaciones personales y afectan a la esfera reservada, ajena a las prácticas y cuestiones deportivas.

Dicha conclusión es el resultado de un proceso de análisis lógico-sistemático irreprochable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico relativas a la institución del matrimonio y su impronta en la Sociedad, aludiendo tanto a la normativa del Código Civil (arts.67, 68 y 82.1ª), como a la propia Constitución en el sentido de considerarse el matrimonio como la base de la familia y ésta última como institución básica del Estado a la que le confiere protección en los arts.32.1 y 39.1.

En otras ocasiones, tal y como anticipábamos, el criterio de los usos sociales tiene un sentido diferente, contribuyendo en la calificación de una determinada conducta como adecuada. Así ocurre, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de mayo de 1990³⁵⁴ que tiene su origen en la demanda sobre protección civil del derecho al honor interpuesta por D. José Luis López-

³⁵⁴Ar.3736.

Aranguren basada en lo que el demandante consideró una intromisión ilegítima. Se trataba de la publicación en la Sección "Al loro" del suplemento semanal "Los domingos de ABC", bajo el título "Amarguren", de un texto de Alfonso Ussía, en el que se hacía clara alusión al demandante.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda. Apelada la anterior resolución, la Sala 1ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia confirmatoria. Finalmente, recurrida la misma en casación, el Tribunal Supremo declara haber lugar a los recursos interpuestos por los demandados, por lo que casa y anula la sentencia de la Audiencia y deja sin efecto la de 1ª Instancia.

El Tribunal Supremo en el apartado 1º del único fundamento de derecho, después de definir el humor como la facultad de descubrir y manifestar lo cómico y ridículo, señala que "el humor gráfico es relativamente reciente y está estrechamente unido a la evolución de la prensa, en donde encuentra su principal campo de acción, y aquí es, precisamente, donde reside su parentesco con la caricatura, que ha encontrado hoy día gran difusión, hasta el punto de que su uso generalizado ha adquirido carta de naturaleza en sentido permisivo, como se aprende de la sola lectura del art.8.2º.b de la L.O.1/1982 cuando prescribe que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas la utilización de caricatura de acuerdo con el uso social" por lo que, en relación al caso

concreto concluye que "su detenida lectura y una profunda reflexión, ponen de relieve un contexto jocoso y burlón meramente humorístico, desprovisto de toda lesión al honor en el sentido en que ha de interpretarse la L.O.1/1982".

Desde nuestro punto de vista, los ejemplos expuestos nos merecen una valoración negativa, en el sentido de que el Tribunal Supremo no ha aprovechado las ocasiones que se le han presentado para pronunciarse acerca del concreto alcance del criterio de los usos sociales como era de esperar.

3.-LOS PROPIOS ACTOS:

Debemos comenzar señalando que no existe un concepto *prima facie* de lo que ha de entenderse por los propios actos del sujeto titular del derecho.

Esta circunstancia, sin embargo, no ha sido un obstáculo para que la conducta del propio titular del derecho se erija en el tercer criterio delimitador del ámbito de protección de la LO 1/1982.

En tal sentido, conviene poner en relación el art.2.1 de la LO 1/1982 que establece que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia", con el texto de la Exposición de Motivos en el que se nos dice que, además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, "resulta razonable admitir que en lo no previsto por ellas³⁵⁵ la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y el uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por la ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

³⁵⁵El subrayado es nuestro.

A tenor de lo expuesto, todo parece apuntar a que la cuestión del ámbito de protección de estos derechos es resuelta en la Ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de circunstancias variables según el tiempo y las personas³⁵⁶.

En tal sentido cabe, en primer lugar, cuestionarse la adecuación o no de tal remisión dentro del contexto de la propia Ley y, en segundo lugar, se hace necesario delimitar su alcance, para saber, en definitiva cuál es el significado de la expresión actos propios.

Por lo que respecta a la primera cuestión planteada, hemos de reconocer que, desde una perspectiva de justicia material, aún a pesar de su aparente falta de concreción, nos parece adecuada su inclusión, -que evidencia el reconocimiento del legislador de las limitaciones y dificultades que entraña la relatividad del contenido de los derechos de la personalidad-, puesto que su ponderación, junto con los usos sociales, permite llegar a soluciones más satisfactorias para la protección demandada por esta categoría de derechos, al tiempo que posibilita la obtención de resultados más acordes con la expectativas creadas por las personas cuyos derechos resulten efectivamente lesionados, y la consecución de la ansiada

³⁵⁶Precisamente, por este motivo, a simple título ilustrativo, se recogen al final de la exposición algunos pronunciamientos en los que ha sido de aplicación este criterio.

armonía entre las necesidades sociales y las soluciones brindadas por el ordenamiento jurídico, más allá del transcurso del tiempo.

Ahora bien, una adecuada interpretación de este criterio ha de pasar necesariamente por el respeto de un valor esencial como es la seguridad jurídica, que impone la protección de la apariencia creada, en este caso, por la conducta del titular del derecho.

En tal sentido, consideramos que el significado configurativo del comportamiento no puede referirse a la voluntad exclusiva del agente, sino que deberá procederse de la forma más objetiva posible y en consecuencia valorar si ese comportamiento ha podido razonablemente crear la confianza en los terceros de un determinado ámbito de exclusión. En cualquier caso, debemos precisar que no se trata de analizar aquí si la conducta encierra o no un consentimiento presunto a las intromisiones³⁵⁷, sino de delimitar cuál es el concreto ámbito susceptible de protección.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de que el círculo protegible, resultante de la aplicación de tal criterio, pueda

³⁵⁷Consentimiento presunto, que dicho sea de paso, no es posible teniendo en cuenta las prescripciones legislativas de la LO 1/1982, y sí es posible al amparo de la LO 5/1992. No obstante, sobre el significado, alcance y requisitos del consentimiento en ambos cuerpos legales, vid. infra Capítulo II "Causas que eliminan la ilicitud" II.1.-El consentimiento en la LO 1/1982 y II.2.-El consentimiento en la LO 5/1992.

ser ampliado o restringido como consecuencia de la adopción de una nueva conducta, puesto que la protección de la confianza a los terceros, esto es, la seguridad jurídica a la que hemos hecho alusión, sólo impide la relevancia frente a dichas personas de los cambios bruscos de comportamiento³⁵⁸.

Así la cosas, la valoración positiva de este parámetro jurídico la hacemos depender, en cierto modo, de que su

³⁵⁸En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (*Sistema de Derecho Civil*, op.cit., pág.357) afirman que "puede resultar discutible la acogida del criterio de la conducta de la persona para fijar el ámbito de protección legal. Por ejemplo, el hecho de que un personaje popular revele en determinados medios de difusión su vida íntima no tiene que legitimar necesariamente la posterior publicación por otros periodistas de detalles diferentes o autorizar la captación de imágenes y su reproducción posterior. No puede significar que tal persona, por mucha popularidad que tenga, se convierta en pasto necesario de la curiosidad pública, en objeto de ésta. Sin embargo, frente a esta opinión cabe sostener que es más justo el argumento de la necesaria protección de la confianza suscitada en los terceros. Como dijo el Ministro de Justicia D. Pío Cabanillas al presentar en el Congreso para su aprobación la Ley que estamos estudiando, quien tolera actos de intromisión en su vida privada, por ejemplo, de forma habitual, suscitando en los terceros la confianza razonable en una determinada configuración personal de su esfera íntima, no puede después sorprendernos exigiendo un respeto como si tal esfera fuera distinta. Esta idea no obstante debe entenderse con las necesarias matizaciones. El principio de protección y de no defraudación de la confianza tiende a evitar el perjuicio de terceros ante cambios bruscos en la configuración personal de la intimidad, pero no impide que la persona dibuje a partir de determinado momento un perfil distinto de su esfera privada ni que las intromisiones queden legitimadas para siempre".

Asimismo, GITRAMA GONZÁLEZ, M. ("El Derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.221) señala que "llegue un momento en que tal persona rectifique, vuelva atrás de su exhibicionismo y ansia de popularidad y, haciendo uso de una suerte de facultad de arrepentimiento decida hacer valer su d.p.i., que nunca abandonó -por ser irrenunciable- por más que lo tuviese relegado al ostracismo", en ese supuesto, sigue diciendo este autor, "lo que probablemente ocurrirá es que aquellos antecedentes permisivos y aún quizá -como hemos dicho- estimulantes de las intromisiones pasadas, quizá operen, eso sí, a manera de circunstancias atenuantes en el ánimo del juzgador, al menos en una primera fase temporal tras el cambio de actitud del efigiado, si dicho cambio resulta firme".

Por su parte, SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J.J. ("Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", op.cit. pág.65) reitera la necesidad de evitar el perjuicio de terceros ante cambios bruscos de comportamiento.

En términos semejantes se pronuncia la Declaración del Consejo de Europa de 23 de enero de 1970 que establece que <<no pueden prevalecerse del derecho a la protección de la vida privada, las personas que por sus propias actitudes han provocado la indiscreción de las que ellas vendrían a quejarse ulteriormente>>.

interpretación se lleve a cabo desde un punto de vista objetivo.

No obstante, nuestra opinión difiere de la muchos autores que han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Así, DE LA VÁLGOMA sostiene que aún siendo partidaria de potenciar la autonomía de la voluntad, "el grado de subjetivismo al que llega este artículo es inadmisibile, sobre todo por la inseguridad jurídica que produce y por la arbitrariedad con que pueden estar teñidas estas decisiones"³⁵⁹ y critica, asimismo, la falta de claridad por cuanto no sabe "si es la voluntad o la conducta la que determina el ámbito, es decir si la decisión con respecto al ámbito la tiene la persona o la familia como tal"³⁶⁰, todo lo cual le lleva a concluir que "la protección no debe dejarse a criterios subjetivos y debe otorgarse cualesquiera que fueren los actos de las personas en su esfera privada ya que la ley debe proteger a todos por igual evitando así los distintos criterios y tratamientos jurídicos basados en diferentes consideraciones morales"³⁶¹.

³⁵⁹DE LA VÁLGOMA, Mª., "Comentario a la L.O.1/1982 de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", op.cit., pág.663.

En un sentido semejante, MONTES, V.L. ("Los derechos fundamentales", en la obra colectiva *Derecho Civil. Parte General*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág.289), para quien tampoco resulta convincente el criterio de los propios actos.

³⁶⁰DE LA VÁLGOMA, Mª., "Comentario a la L.O.1/1982 de protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen", op.cit., pág.663.

³⁶¹Ibidem, pág.663.

Discrepamos de tales consideraciones por entender, por un lado, que el subjetivismo al que se hace referencia es, ni más ni menos, la libertad de cada persona de hacer con su vida lo que quiera y, por otro lado, porque no debe olvidarse que aquí de la autonomía privada sólo puede hablarse en un sentido muy lato como equivalente a la libertad personal, ya que la autonomía privada en sentido estricto nace respecto a las relaciones patrimoniales, produciendo un resultado constitutivo-preceptivo de las relaciones jurídicas, que nada tiene que ver con los actos de libertad de la persona en el desarrollo de su vida.

En consecuencia, con la alusión a los actos propios de cada persona, lo que se pretende es el ejercicio de un derecho tan fundamental como es la libertad.

Asimismo, argüir como crítica la potencial vulneración del principio de igualdad nos parece un argumento refutable, porque entendemos que este principio no se pone en peligro toda vez que la ecuación *identidad de criterios/ igualdad en la protección* no es unívoca, toda desigualdad no implica necesariamente discriminación, tal como puso de relieve en su día el Tribunal Constitucional³⁶².

³⁶²Vgr. SSTC 22/81, de 5 de julio, FJ3, BOE n°172, de 20 de julio; 49/1982, de 14 de julio, FJ2, BOE n°185, 4 de agosto.

Con relación al principio de igualdad es interesante la crítica hecha por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ("Comentario a la STC 144/1988", en CCJC, n°17, 1988, págs.707-717), relativa al cambio de doctrina del Tribunal Constitucional debido a su carácter más restrictivo.

Pero es que además, como ya apuntamos a propósito de los "usos sociales", el que sean los Tribunales, mediante un análisis ponderado de las circunstancias, los que delimiten la esfera de protección no pone en peligro la efectividad de tales derechos, antes al contrario, se revela como el principal órgano tuitivo de los mismos.

Por lo que respecta la segunda cuestión apuntada, esto es, la determinación del alcance del criterio de los propios actos, creemos oportuno analizarla desde dos perspectivas diferentes. La primera, es la relativa a su posible virtualidad respecto de todos y cada uno los derechos que se protegen en la LO 1/1982, la segunda, se refiere a su relación con los demás criterios delimitadores.

Desde el primer punto de vista, consideramos que el criterio relativo a la conducta del titular del derecho debe tenerse en cuenta con relación a cualquiera de los tres derechos que se protegen en la LO 1/1982, si tenemos en cuenta que el tenor literal del art.2.1 no permite hacer distinciones, pues lo configura sin ambages como elemento delimitador aplicable a todos los derechos objeto de su protección, pero sobre todo por el tenor literal de la Exposición de Motivos que no se refiere en absoluto a un ámbito reservado.

Inclusive, entendemos que el criterio de los propios actos es útil, con carácter general, en orden a dilucidar vgr.si el

sujeto titular del derecho es un personaje público o por el contrario se trata de un simple particular, supliendo así la falta de concreción de la Ley³⁶³ o vgr. si la intromisión es deshonrosa o no según que el sujeto suela exhibir o no el comportamiento que es objeto de una presunta lesión de su derecho al honor.

Es por ello que, en esta cuestión, discrepamos de la opinión de GITRAMA GONZÁLEZ para quien el criterio de la propia conducta del titular sólo es relevante respecto del derecho a la intimidad por considerarlo difícilmente conciliable "con el derecho inalienable e irrenunciable que tiene cada persona sobre su imagen"³⁶⁴.

En cuanto a la relación del criterio de los "propios actos" con los demás criterios legales delimitadores del ámbito de protección, consideramos que no están en situación de igualdad puesto que, como se desprende de la Exposición de

³⁶³O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (*Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., págs.265 y ss.) manifiesta que tal criterio tiene importancia en cuanto que la persona puede tener una vida de proyección pública o una vida más o menos retirada.

En un sentido semejante se manifiesta PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, op.cit., Tomo II, vol.3º, pág.246), cuando afirma que "no hay duda que la referencia que la ley hace a los propios actos de cada persona, como delimitadores de lo que cada uno se reserva para su intimidad, permite diferenciar el total respeto que se debe a un particular anónimo o poco conocido y las posibilidades más amplias de publicidad que pueda considerarse admitida por los personajes públicos".

³⁶⁴GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen hoy", op.cit., pág.221.

Motivos³⁶⁵, los usos sociales y los propios actos tienen carácter subsidiario respecto de la ley y, a su vez los propios actos están por encima de los usos sociales, como así lo demuestra también la experiencia a la hora de delimitar el ámbito de protección en un supuesto determinado.

Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988³⁶⁶ cuyos hechos se refieren a la captación de unas fotos mediante teleobjetivo y su posterior publicación sin consentimiento de la efigiada, una conocida actriz española. En esta ocasión y respecto al art.2.1. de la LO 1/1982 se nos dice que, si bien este artículo había sido "tachado por algún sector doctrinal de una tanto anfibológico encuentra su justo encuadre en la a modo de exposición de motivos que precede al texto legal, al precisar que, además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar, y el uso de la propia imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento".

³⁶⁵En esta línea, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H. ("Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982", op.cit., págs.1250 y ss.) apuesta por una interpretación restrictiva operando, como indica la Exposición de Motivos, a modo de pauta orientativa, intentando evitar por esta vía que se renuncie al derecho al honor, o a la intimidad, renuncia totalmente prohibida por el art.1.3°.

³⁶⁶Ar.2480, fundamento jurídico 3°.

Partiendo de tales consideraciones y en el supuesto concreto se afirma que "será bueno recordar que los juzgadores de instancia (...) enjuician las llamadas pautas de comportamiento y que en apretado resumen, destacan que se trata de una artista profesional, que busca un lugar de playa escogido y poco concurrido de gente y alejado de los núcleos de población, con lo que, claramente se destaca que las pautas de comportamiento de la actora están proyectadas a la busca de salvaguardar su intimidad y su propia imagen, sin que sea lícito vulnerar este derecho subrepticamente bajo los dictados de una corriente permisiva a la que la actora se mostró reacia rehuendo de la publicidad y sin que el hecho reconocido de presentarse en top-less autorice la ruptura de los moldes en los que se desenvolvía la fotografiada".

Se infiere, por lo tanto, como los propios actos del titular de estos derechos suponen un límite del alcance del derecho mismo. Cuanto mayor sea el grado de permisividad denotado por su comportamiento, mayores serán las posibilidades de que las intromisiones sean consideradas legítimas.

Otra muestra de la forma en que viene siendo interpretado el art.2.1 la encontramos en la Sentencia de 18 de abril de 1989³⁶⁷. En esta ocasión el origen del litigio está en la emisión de un comunicado de T.V.E. en el que se informaba a los

³⁶⁷Ar.3068, fundamento jurídico B 4°.

telespectadores de la suspensión del programa "La Clave".

Tras los pronunciamientos recaídos en 1ª Instancia y en Apelación el pleito llega al Tribunal Supremo declarándose a propósito de este precepto que "si ontológicamente puede estimarse que los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y propia imagen son valores absolutos, permanentes e inmutables, es lo cierto que en la realidad práctica, cada persona es soporte y sujeto jurídico de estos derechos, por lo que su tutela efectiva estará en función del celo que en su guarda y custodia manifieste cada persona o imponga el ordenamiento jurídico.

Sin duda estos condicionamientos pueden generar una limitación que puede provenir de las leyes, de los valores culturales que en la sociedad se manifiesten en cada momento y de modo muy especial por el propio concepto que cada persona tenga al respecto mediante las denominadas pautas de comportamiento³⁶⁸ que se deducen de la conducta o actos propios de cada uno. A ello responde sin duda el art.2º apartado 1º (...).

Como consecuencia de todo lo afirmado el Tribunal concluye que "quien malbarate estos derechos o no sea celoso custodio de los mismos, no será acreedor a la protección jurídica; pero ésta ha de predicarse de toda persona en tanto en cuanto no se

³⁶⁸El subrayado es nuestro.

demuestre lo contrario"³⁶⁹.

Asimismo, en la Sentencia de 27 enero de 1990³⁷⁰, el comportamiento del titular, en relación con los problemas laborales del complejo hotelero Atlanterra de Tarifa, fue determinante para considerar lícita la intromisión habida en su derecho. Concretamente en el fundamento jurídico 3º se nos dice que "debido a que si, conforme lo establecido en el art.2º de la precitada Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la protección civil del honor queda delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, que es lo doctrinalmente llamado culpa exclusiva de la víctima (...) claro es que esa limitación es de apreciarla en el presente caso con relación al demandante (...) quien con sus propios actos y comportamiento laboral, alteró su honor, haciendo intrascendente al efecto la complementaria noticia radiofónica (...) no cabe por menos que reconocer que en ese ámbito social, en que se presentó la

³⁶⁹En este mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 13 de noviembre de 1990, FJ1, (Ar.8707). Esta Sentencia cita a su vez otras con el mismo contenido: la de 16 de diciembre de 1988 (Ar.9473), de 18 y 29 de abril de 1989 (Ar.3068 y 3281 respectivamente), de 18 de abril de 1990 (Ar.2729); de 16 de enero de 1991, FJ4, (Ar.298); de 11 de abril 1992, FJ2, (Ar.3094).

Así las cosas, no es de extrañar que el Tribunal afirme también en reiteradas ocasiones, vgr.SSTS de 26 de junio de 1987, FJ8, (Ar.4824) y de 22 de mayo de 1990, FJ3, (Ar.3829), que "el derecho al honor no puede constituir ni constituye un obstáculo para que a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se pongan en cuestión conductas sospechosas de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en estos procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos".

³⁷⁰Ar.100.

citada noticia radiofónica, como consecuencia de la situación laboral creada en el complejo hotelero a que dicha noticia afectaba, el honor del demandante ya estaba en entredicho y seriamente afectado, ante el problema laboral creado por su desaparición, quedando los trabajadores abandonados y sin percepción de salarios (...)".

El criterio de los propios actos también contribuyó para la justificación de las descalificaciones originadas en el contexto de una campaña electoral para la elección del Presidente de un Club de Fútbol. En este sentido, la Sentencia de 7 de septiembre de 1990³⁷¹ señala que el demandante y ahora recurrido "con la presentación de su candidatura a un cargo público notoriamente caracterizado por el apasionamiento a ultranza de los intervinientes, en la lucha por obtenerlo, ya disminuyó con sus propios actos la zona de reserva de intimidad e imagen que, en otro caso, podía considerar intangible, aceptando implícitamente que, ahora salgan a la luz pública determinados hechos, rumores, etc, concernientes a su persona con la que, directa o indirectamente, puedan conectarse para, en la medida que los mismos, concurren a su descalificación, obstaculizar su acceso al cargo al que voluntariamente optó (...). De suerte que si a la escasa entidad que, en sí mismas, las expresiones a valorar contienen, se añade la devaluación que resulta tanto del texto en que

³⁷¹Ar.6856, fundamento jurídico 1°.

figuran, falta de capacidad de incidir públicamente a la vista de la extrema vaguedad, y del dudoso gusto de los ataques que en él figuran, así como del momento y ambiente en que se produjeron -campaña para la elección de Presidente del Club de Fútbol de la propia localidad- resulta evidenciada no más que la intención de apoyar, enfáticamente, la tesis descalificatoria de un candidato y la existencia de una personal inquina que se exterioriza, aprovechando la oportunidad de un apasionado clima electoral, con expresiones inusuales y social y jurídicamente reprobables en otra ocasión, pero que están socialmente admitidas en el ambiente del caso en el que razonablemente, no alcanzaron la cota precisa para desencadenar la tutela que el actor demanda y la sentencia impugnada concede".

Finalmente, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 1993³⁷², tuvo ocasión de pronunciarse sobre el criterio que venimos analizando con ocasión de unos hechos que en su momento tuvieron una gran difusión en nuestro país. Se trata de la publicación de unas imágenes comprometidas de doña Marta Chávarri, como consecuencia de la cual, el medio de comunicación resultó condenado por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante.

³⁷² (Ar. 6458).

Sobre esta Sentencia, vid. CASAS VALLES, R., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1993", CCJC, n°33, págs.926-931.

Los motivos esgrimidos por los recurrentes, alegando la infracción de los arts.2.1 y 8.2.a), pretendían, fundamentalmente, desnaturalizar la aplicación del art.2.1° de la LO 1/1982 arguyendo que la demandante (recurrida) "se había colocado, a través de sus propios actos en una zona en la que era esperado y, hasta cierto punto justificado el riesgo de intromisión en su intimidad de cuya publicidad había extraído tiempo atrás provechosos efectos (...)".

El Tribunal Supremo insiste, (como ya lo habían hecho los pronunciamientos recaídos en 1ª Instancia y Apelación), en la carencia de interés social legítimo de las imágenes publicadas, haciendo hincapié en el aspecto íntimo de las mismas "particularmente preservado del conocimiento de los demás y no amparado por el fin legitimador de un interés informativo", así como en la trayectoria personal de la efigiada. A este respecto, el fundamento jurídico 2º señala que "en el presente caso no hubo autorización... ni siquiera tácita o actos, por parte de la actora, de los que quepa deducir su voluntad de revelar su imagen tal y como fue captada", añadiendo que la publicidad que de su persona se hizo con frecuencia en otras ocasiones y sin su oposición "quedó siempre limitada al ámbito doméstico y social propio de su posición; cuyos aspectos personales concreta el juzgador, nada tenían que ver con el que ahora es objeto de reclamación".

Además, en dicha argumentación se quiso poner de relieve que "intereses económicos aparte, el uso no autorizado de una

imagen de la naturaleza de la enjuiciada, en la que primero se captan manejando, al efecto, poderosos medios técnicos y, luego, se publican sin atenuación ni veladura de ninguna especie, la zona genital externa de una mujer, son circunstancias que, por atacar la libertad de la esfera personalísima, en principio más celosamente guardada y, por consiguiente, más estrictamente sustraída al desvelamiento y conocimiento ajeno de lo íntimo corporal, inserto en la intimidad personal (artículo 10 y 18-1 de la Constitución Española) exige no ser escarnecida ante sí ni ante los demás, y obliga, al hilo de la normativa constitucional citada y de la de los apartados 5 y 7 del art.7 de la Ley 1/1982, amparar a la ofendida. Atajando el intento de justificación del invasor, cuyo argumento de estar cubierto, sin más, por el derecho de información, ex artículo 8 de la Ley del 82, lleva consigo una insoportable declaración de prevalencia, sin otra justificación que la de la proyección pública de la afectada y carácter abierto del lugar de la captación de la imagen (art.8.2º de la Ley de 1982) argumentación que, al tiempo que, supone implicar sistemáticamente lo privado -todo lo privado- en lo público por el hecho de tratarse de una persona conocida y hallarse ésta en lugar de pública concurrencia, eleva, de otra, como ya ha subrayado la doctrina, un simple fenómeno de curiosidad a la categoría de interés social, a despecho de las circunstancias de usual reserva de la interesada, expuesta sin contradicción eficaz por la sentencia impugnada, y la más que razonable concurrencia en la captación y difusión de la imagen

de una pura motivación de contenido económico".

CAPÍTULO II
CAUSAS QUE ELIMINAN LA ILICITUD

I.-INTRODUCCIÓN:

Como se ha puesto de relieve al comienzo del Capítulo I, partimos de la consideración de que la antijuridicidad es uno de los requisitos comunes de la responsabilidad.

Sin embargo, subrayar ahora la exigencia de este requisito como común o general, de la responsabilidad civil, sirve para recordarnos que, dado que no se trata más que de la manifestación de un requisito básico de la responsabilidad civil en general, le son aplicables las correlativas causas de justificación que, incidiendo sobre un hecho dañoso, eliminan la ilicitud.

En efecto, puede afirmarse con carácter general, que existen una serie de hechos que "aún causando un daño, se encuentran justificados por el Derecho, de suerte que su autor no contrae ninguna responsabilidad³⁷³". Afirmación que, por lo demás, es perfectamente extrapolable al concreto ámbito de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen, aunque cambiando la palabra "daño" por "intromisión ilegítima", puesto que el art.9.3º de la LO 1/1982 presume la existencia de

³⁷³Vid. por todos DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, op. cit., pág.263.

perjuicio si se acredita la intromisión ilegítima³⁷⁴.

Es por ello que, resulta necesario proceder al estudio de las causas que justifican tales intromisiones, haciendo que un hecho inicialmente ilícito sea considerado lícito y, por lo tanto, admitido como correcto por el ordenamiento jurídico.

A tal fin, nos ocuparemos tanto de las causas peculiares previstas en la legislación especial, la LO 1/1982³⁷⁵ y la LO 5/1992, como de la posible operatividad de las causas generales de justificación contempladas en el Código Penal³⁷⁶.

³⁷⁴El tenor literal del art.9.3, por lo que en este contexto interesa, es el siguiente: "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima".

³⁷⁵No obstante, algún autor como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (*Honor, y libertad de expresión*, Edit.Tecnos, Madrid, 1987, pág.96), considera que el art.8 de la LO 1/1982 implica "una expresa ampliación del ejercicio legítimo de un derecho" y no una causa de justificación.

³⁷⁶Utilizamos el término causas de justificación siguiendo, por lo tanto la terminología de la doctrina penal mayoritaria como por ejemplo JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Edit.Losada, Buenos Aires, 1965, Vol.III, pág.1034; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Edersa, Madrid, 1969, pág.333; CARBONELL MATEU, J.C., *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edit.Edersa, Madrid, 1982, págs.65 y ss.; COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal.Parte General*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pág.353; ROXIN, C., "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", *Cuadernos de Política Criminal*, n°46, 1992, págs.169 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976, pág.33.

No obstante, existen diversas denominaciones como causas excluyentes (o de exclusión) de la antijuridicidad, pero que por exceder del cometido que nos hemos propuesto prescindiremos en esta sede de su análisis.

II.-CAUSAS ESPECÍFICAMENTE PREVISTAS EN LA LO 1/1982 Y EN LA LO 5/1992.

Una vez establecidas las posibles conductas constitutivas de intromisión ilegítima (art.7) y, por lo tanto, generadoras de responsabilidad, el legislador establece una serie de supuestos en los que el injusto que supone la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen encuentra una justificación; concretamente, tales supuestos se contemplan en los arts.2.2 y 8.1 y 2, pudiendo afirmarse, en principio, su aplicación respecto de los tres derechos objeto de protección, a excepción del apartado 2 del art.8 relativo exclusivamente al derecho a la propia imagen.

El art.2.2 establece que "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso".

Por su parte el art.8 dispone que: "1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.

2.-En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier

medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato de la persona que las ejerza".

Asimismo, a partir de la entrada en vigor de la LORTAD, es preciso analizar las circunstancias que permiten el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, sin que ello suponga incurrir en responsabilidad civil por vulneración de los derechos al honor, a la intimidad, para lo cual se debe atender, básicamente, al contenido de los arts.6 a 10.

El art.6 establece que: "1.El tratamiento automatizado de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

2.No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recojan para el ejercicio de funciones propias de las

Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o un contrato y sean necesarios para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato.

3.El consentimiento a que se refiere el artículo podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos".

El art.7 dispone que: "1.De acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo 16 de la Constitución, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Cuando en relación con estos datos se proceda a recabar el consentimiento a que se refiere el apartado siguiente, se advertirá al interesado acerca de su derecho a no prestarlo.

2.Sólo con consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento automatizado los datos de carácter personal que revelen ideología, religión o creencias.

3.Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente.

4.Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, religión o creencias, origen racial o vida

sexual.

5.Los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluídos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras."

Por su parte, el art.8 establece que: "Sin perjuicio de lo que se dispone en el art.11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8, 10, 23, y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 85,5, 96 y 98 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, e medidas especiales en materia de Salud Pública, y demás Leyes sanitarias."

El art.9 prescribe que: "1.El responsable de un fichero deberá adoptar todas la medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana

o del medio físico o natural.

2.No se registrarán datos de carácter personal en ficheros automatizados que no reúnan las condiciones que se determinen por vía reglamentaria con respecto a la integridad y seguridad y a la de los centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas y programas.

3.Reglamentariamente se establecerán los requisitos y condiciones que deban reunir los ficheros automatizados y las personas que intervengan en el tratamiento automatizado de los datos a que se refiere el artículo 7 de esta Ley."

Finalmente, el art.10 establece que: "El responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar las relaciones con el titular del fichero automatizado o, en su caso, con el responsable del mismo.".

Antes de entrar en el análisis de la primera de estas causas conviene advertir que nuestra interpretación se construye sobre la base de las siguientes consideraciones previas. Por un lado, entendemos que estas causas de justificación, contempladas en las leyes que desarrollan el art.18 CE, puede decirse que no son otra cosa que supuestos de ejercicio legítimo de un derecho (art.20.7 CP), entendida esta causa en sentido amplio. Por otro lado, como ya hemos tenido

ocasión de señalar, el que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen sean derechos fundamentales, derechos derivados de la dignidad humana, y por lo tanto inherentes a la propia condición de persona, no es una mera declaración retórica y, en consecuencia, los caracteres propios de este tipo de derechos dejan, inexpugnablemente, su huella no sólo en la forma que debe adoptar su regulación sino también en la forma en que la misma ha de interpretarse.

1.-EL CONSENTIMIENTO:

Tanto la LO 1/1982, como la LO 5/1992, se refieren al consentimiento como una de las causas que eliminan la ilicitud. En primer lugar, por ser primera en el tiempo y por tener un alcance más general, resulta oportuno comenzar por la LO 1/1982.

En este sentido, partiendo de un análisis sistemático de esta Ley, nos encontramos, en primer lugar, con el art.2.2 en el que se establece literalmente que "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso"³⁷⁷.

Aun cuando a expensas del mencionado precepto puede concluirse que son dos las fuentes de "conversión" de una conducta inicialmente ilegítima en legítima: 1)la voluntad del legislador y, 2)la voluntad del propio titular del derecho, por

³⁷⁷Este precepto había sido modificado por la LO 1/1985, de 29 de mayo, BOE n°129, 30 de mayo, añadiéndose después de la previsión del consentimiento expreso lo siguiente: "o, por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o del Senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios".

Posteriormente, esta adición fue declarada inconstitucional y, por lo tanto suprimida, en virtud de la STC 9/1990, de 18 de enero, (BOE n°40, 15 febrero) que, a su vez trae causa del fallo de la STC 243/1988, de 19 de diciembre, (BOE n°11, enero 1989), en la que se acordó elevar la cuestión al pleno.

el momento y en coherencia con el título de este epígrafe, centramos nuestra atención en esta última.

A. -NATURALEZA:

Una adecuada exégesis de la naturaleza jurídica del consentimiento del titular como causa de justificación requiere el conocimiento puntual de los términos en que éste se configura en la Ley.

A tal fin, el mencionado art.2.2 debe ser puesto en relación con las previsiones contenidas en los arts.1.3 y 2.3 del mismo cuerpo normativo, en tanto en cuanto el art.1.3 establece que "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2º de esta ley" y, el art.2.3 prescribe que "el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas".

Partiendo de la configuración legal que acaba de transcribirse, consideramos que lo que en la Ley se denomina consentimiento no es otra cosa que un negocio de autorización

en sentido estricto, cuyo resultado es que la conducta no tenga la consideración de ilegítima³⁷⁸. Dicho en otras palabras, el efecto al que se alude en ese art.2.2 impone una interpretación en el sentido de considerar el "consentimiento" como sinónimo de "autorización" en su acepción originaria, esto es, como manifestación de una voluntad en virtud de la cual, al permitirse actuar a un sujeto en determinado sentido sobre derechos ajenos, se facilita la intromisión en la esfera jurídica del concedente, dando carácter lícito a los actos jurídicos o materiales que sin dicha autorización constituirían un atentando al patrimonio jurídico ajeno y, por ende, un acto ilícito.

³⁷⁸Para el desarrollo de esta cuestión se han tenido muy presentes las observaciones de PENA LÓPEZ, J.Mª, en *Lecciones de Derecho Civil*, cedidas por cortesía del autor.

Por otra parte, la consideración del consentimiento como negocio de autorización en sentido estricto es compartida por numerosos autores, vgr. ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, 1987, op.cit., pág.101; CARRILLO, M., *Los límites de la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Edit.PPU, Barcelona, 1987, pág.74. Este último concretamente afirma que el consentimiento "más que de una renuncia a la protección legal parece lógico admitir que de lo que se trata es de ausencia del carácter ilegítimo de la intromisión".

Asimismo, comparten esta opinión, entre otros, SARAZÁ JIMÉNEZ, R., *Libertad de expresión e información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1995, pág.153; DE CARRERAS SERRA, L., *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Edit.Ariel, Barcelona, 1996, págs.108 y 110.

Con planteamiento distinto, IGARTUA ARREGUI, F., ("El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia española", en la obra colectiva dirigida por SALVADOR CODERCH, P., *El mercado de las ideas*, op.cit., pág.328, nota nº359, que es expresamente citado por CLAVERÍA), nos dice que la LO 1/1982 "en rigor, no contempla ninguna manera de disponer respecto a unos derechos que se pensaban indisponibles. De este modo, podría decirse que el consentimiento tan sólo supone justificar la intromisión y no poner en marcha los mecanismos de protección", y a continuación hace la siguiente afirmación "Podría argumentarse, entonces, que el art.2.3 no pensaba en los actos de disposición de los derechos de la personalidad y que, por tanto, la facultad de revocación no afecta a los mismos".

Frente a ello, consideramos que la ley no es que no pensase en los actos de disposición, es que los descartaba al afirmar en el art.1.3 que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

Esta interpretación, además, se confirma si tenemos en cuenta que la facultad de revocar prevista en el apartado 3º de ese mismo artículo constituye, a nuestro juicio, una auténtica revocación *ad nutum*, la cual es ontológicamente incompatible con la existencia de un vínculo jurídico de naturaleza análoga al que se constituye mediante una obligación, lo cual no impide la existencia de un contrato que tenga por objeto, precisamente, la autorización.

La existencia de un contrato de tales características, sin embargo, es interpretada por alguna doctrina como renuncia a la facultad de revocar.

Así, por ejemplo, CLAVERÍA observa que, a pesar de que la ley no contempla la posibilidad de disponer con finalidad económica de aspectos de estos derechos, ello es posible mediante la renuncia, eso sí, limitada en tiempo, personas, etc, a la facultad de revocar, pues considera que tal eventualidad no es subsumible en el segundo inciso del número 3º del art.1 y por lo tanto no es nula. Concretamente afirma que: "Creo que el mero hecho de que se opte por la fórmula del contrato implica de por sí renuncia a la revocación, sin que sea necesario declarar textualmente esta renuncia. Sin embargo, se aconseja a los contratantes consignarla expresamente, dada la alusión expresa a la revocación contenida en la Ley y dado que la denuncia unilateral no es compatible en principio con

esa noción de contrato"³⁷⁹.

Dicho razonamiento, no nos parece de recibo pues es de suponer que esta Ley ha partido de que la autorización se produzca a través de la vía habitual, es decir, la de su inclusión en un contrato.

En línea con la argumentación de este autor, CARRASCO afirma que "tiene sentido que este consentimiento no constituya contrato vinculante, y sea revocable, cuando versa sobre una actuación ajena que tiene por objeto el honor o la intimidad. Pero no existe ninguna razón que prohíba ceder por contrato - que, como tal, tiene fuerza de ley entre las partes y no es revocable (art.1256) - un derecho de imagen sobre su explotación comercial"³⁸⁰.

Frente a ello, cabe afirmar que, si la Ley no establece distinción alguna en cuanto al régimen jurídico del consentimiento y la revocación, cuando podía haberlo hecho³⁸¹, parece claro que el consentimiento no constituye contrato

³⁷⁹CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", ADC, 1994, págs.45 y 46.

Ya con anterioridad, este autor se había manifestado en un sentido semejante, en "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica, 1-1982, de 5 de mayo", op.cit., pág.1256, nota nº14.

³⁸⁰CARRASCO PERERA, A., "Los derechos de la personalidad", en la obra colectiva dirigida por él, *Derecho Civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1996, pág.93.

³⁸¹Como así ocurre, por ejemplo en el ámbito de las demás excepciones en las que se dota al derecho a la propia imagen de un régimen jurídico especial, el que se establece en el art.8.2 de la Ley.

vinculante y es, por consiguiente, revocable tanto respecto de los derechos al honor y a la intimidad, como respecto del derecho a la propia imagen.

Ahora bien, puede plantearse la cuestión de que una persona pretenda ir más allá con ese consentimiento y además de tolerar la intromisión quiera hacer nacer una obligación.

Si tenemos en cuenta lo afirmado anteriormente, la respuesta, desde la perspectiva de la propia Ley, ha de ser negativa ya que el efecto que se contempla en la misma no es ése, es simplemente un permiso, un mero acto de tolerancia para la intromisión, -generador tan sólo del efecto disolvente de la ilicitud-, pero no el nacimiento de la obligación de soportar la intromisión, con el correlativo derecho a realizarla.

De todas formas, cualquier atisbo de duda que pudiera dejar nuestra conclusión entendemos que se desvanece si tenemos en cuenta que la voluntad del sujeto encaminada a la creación de una obligación con cargo a cualesquiera de los tres derechos sería contraria a los límites establecidos para la autonomía privada en el art.1255 del CC: la ley, la moral y el orden público³⁸².

³⁸²El tenor literal del art.1255 CC es el siguiente: "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

En primer lugar, sería contraria a la ley por contravenir: 1) el art.10.1 de la CE, toda vez que la obligación de soportar una intromisión en este tipo de derechos atentaría contra los valores que quiere proteger el art.10.1, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y, en definitiva, degradaría la posición institucional de la persona como centro de nuestro ordenamiento jurídico, y 2) el art.1.3 de la propia ley del 82, pues vulneraría el principio de irrenunciabilidad que en el mismo se establece.

Si podría contraargumentarse que el nacimiento de una obligación de tal naturaleza no equivale a renuncia o dejación actual o consumada del derecho, sin embargo, hemos de reconocer que en la práctica sí equivale a la renuncia, porque existe un vínculo jurídico cuyo cumplimiento conduce a ella, al igual que también está prohibida la renuncia a la protección otorgada por esta ley, la cual tampoco conduce directamente a la renuncia del Derecho, en el orden teórico, porque en la práctica la dejación de la protección conduce a la negación del derecho.

En segundo lugar, nos encontramos con que una pretensión de ese tipo sería contraria a la moral. En términos generales, podemos afirmar que este límite impone el respeto a la buenas costumbres y, en sí mismo considerado, compendia un conjunto

de convicciones de orden ético y de valor del mismo tipo³⁸³. Pues bien, consideramos que el pacto que hiciera nacer esa obligación sería contrario a la ética social imperante, a la moral social, por la misma razón que hemos expuesto antes, esto es, por ser lesivo a la dignidad humana³⁸⁴, pero, ahora, en el orden moral al que la ley se remite en el art.1255.

Por lo que se refiere al tercer límite del art.1255, el orden público, no es ocioso advertir de entrada la dificultad que entraña dar una noción universal y segura del mismo, siendo la indagación de su sentido y alcance objeto de abundante literatura jurídica.

Sin embargo, estimamos que en el ámbito en que nos movemos, cualquiera que sea el concepto de orden público que se maneje, el resultado de su virtualidad es idéntico. Dicho de otro modo, el pacto por el que una persona haga nacer una obligación con cargo a su patrimonio moral, -constituído en este contexto por el honor, la intimidad y la propia imagen-,

³⁸³Cfr. Díez-PICAZO, L., "Comentario del art.1255 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, Edit.Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II, pág.432.

En la misma línea PECES-BARBA, G. (*Derechos fundamentales*, Edit.Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1986, pág.114) afirma que "se trata de un conjunto de reglas de comportamiento que una sociedad reconoce y admite comúnmente como justas y obligatorias y que son independientes del reconocimiento del individuo concreto. Son el *mínimum* ético que todo sistema jurídico debe realizar."

³⁸⁴En esta línea DE CASTRO, F. (*El negocio jurídico*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, (edición original publicada en 1971), pág.246), afirma que "el estigma de causa opuesta a la moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ello lo considere indigno de amparo jurídico".

que como tal presupone el correlativo derecho de otra persona a realizar una intromisión en estos bienes, contraviene el límite del orden público cualquiera que sea su definición.

En tal sentido, si partimos de la concepción clásica del término, pues convenimos con PENA LÓPEZ en la idoneidad de una visión globalizadora de orden público³⁸⁵, (más amplia, no obstante, que la de otros autores pertenecientes a esta corriente como FERRARA³⁸⁶), según la cual el orden público abarcaría todo lo que se contrapone al orden privado, - comenzando, por consiguiente, en el mismo punto donde éste

³⁸⁵PENA LÓPEZ, J.M. (*Alcance de la exigencia de la naturaleza cogente en la norma contravenida para los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 6.3 del Código Civil*, libro inédito, págs.8, 16-17) afirma que "La reconducción de las leyes limitativas del poder de autonomía privada al campo del orden público en el art.1255 del Código civil, no supone la reducción de aquellos límites a la ley, en cuyo caso sobraría la referencia al orden público, sino la dilatación de la esfera orden público fuera del espacio que abarcan <<las leyes de orden público>> para poder comprender en plenitud, creemos, aquellas normas y principios cuya subsunción dentro del término ley pudiera ser considerada como improcedente o dudosa y que, sin embargo formaban e informaban aquel orden que, por ser insensible a la competencia preceptiva configuradora que los particulares ostentaban en el orden privado, era considerado como orden público". Por ello sigue razonando este autor que "si el orden público comprende en el campo de la autonomía privada, a todas las normas imperativas, tampoco puede agotarse en ellas, pues entonces sobraría también su referencia junto a las mismas (...). De manera que el orden público, porque se contrapone al orden privado y debe, por consiguiente, de comenzar en el mismo punto donde el orden privado termina, abarque todo el espacio jurídico donde éste no se pueda imponer; el cual, a su vez, al ser el orden privado el campo donde la autonomía de los particulares es operativa, estaría integrado por todo lo que, por constituir un límite de aquélla, está fuera de su alcance."

³⁸⁶FERRARA, F., *Teoria del negozio illecito nel Diritto civile italiano*, Edit. Società Editrice Libreria, (2ª edición), Milano, 1914, págs.57-58. Este autor afirma que: "Perchè vi sia violazione dell'ordine pubblico (in senso specifico) occorre una legge imperativa, una legge che l'ordinamento giuridico ha sanzionato per far valere gli interessi della generalità di fronte agli interessi singoli, e proteggere fondamentali morali ed economici della vita comune. Questa norma imperativa è normale e predominante nel terreno del diritto pubblico, dove si tratta dell'ordinamento politico della società, sia nel suo organismo che nei suoi membri e nelle funzioni che sono loro assegnate, ma anche nel terreno del diritto privato speciali considerazioni morali ed economiche o politiche influiscono a far sanzionare in modo coattivo certe norme, la cui applicazione non può essere impedita per volontà privata".

termina y, estaría integrado por todo lo que puede constituir un límite para la autonomía privada-, un pacto de tal naturaleza vulneraría, por ejemplo, el art.1271 del Código Civil pues se trata, como sabemos, de bienes que están fuera del comercio de los hombres, excluidos como tales del ámbito de la autonomía privada.

Si por el contrario, tomásemos como punto de partida la concepción moderna de orden público, -que básicamente considera que forman parte del mismo las normas imperativas fundamentales-, como expresión de los principios Generales del derecho en el ámbito de la autonomía privada³⁸⁷, o conjunto de principios de estructura política y económica de la Sociedad³⁸⁸, o como conjunto de reglas fundamentales del Derecho que deben observarse, las cuales se desprenden no sólo de la Constitución sino también del Código Civil³⁸⁹, o como

³⁸⁷Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, op.cit., Vol.1º, pág.377.

Esta opinión es contraria a lo afirmado en su día por el prof. DE CASTRO, ("Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", ADC, 1982, pág.1034) quien alude no a los principios generales del Derecho que son verdaderas fuentes, sino a los principios y directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, sea para atribuir primacía a una norma respecto a otra, sea de los que inspiran el sentido cambiante de cada institución dentro del movimiento de ideas rectoras del sistema jurídico.

³⁸⁸Cfr. TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto Privato*, Edit.Giuffrè, Milano, 1991, (9ª edición), págs.234-235. Textualmente dice que el orden público "esprime l'insieme dei principi di struttura politica ed economica della società, immanenti nell'ordinamento giuridico vigente...Tali principi possono ricavarsi per induzione dal sistema delle leggi, e più importante e generali tra essi sono dichiarati nella Costituzione".

³⁸⁹Cfr. FERRI, G.B., *Ordine Pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Edit.Giuffrè, Milano, 1970, págs.204-205. Sigue diciendo este autor que el orden público no está formado por todos los principios generales del ordenamiento "ma soltanto quelli che regolano i rapporti conseguenti alle azioni umane e che assicurano in questi rapporti il rispetto dell'ordine costituito e i criteri fondamentali che lo informano.(...).Regole fondamentali

exigencias del bien común³⁹⁰, el nacimiento de la mencionada obligación también vulneraría el límite del orden público por contrariar, precisamente, uno de los valores contemplados en el mencionado art.10 CE y atentar contra la posición institucional de la persona como centro del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, tras la Constitución de 1978 y como reiteradamente ha declarado nuestro Tribunal Constitucional, es indudable que el respeto a las libertades públicas y a los derechos fundamentales, dentro de los cuales se positivizan de manera expresa el honor, la intimidad y la propia imagen, es un componente esencial del orden público³⁹¹.

En suma, tal y como anticipábamos, todos los caminos nos llevan a afirmar la necesidad de interpretar el término "consentimiento" como sinónimo de una mera "autorización", como tal, no generadora de un vínculo obligatorio que fuerce al titular del derecho a soportar su lesión y haga nacer en la persona autorizada el derecho irrevocable de realizarla.

che non sono soltanto quelle cristallizzate nella Carta Costituzionale o nelle altre fonti a cui la costituzione si richiama, ma anche desumibili dal Codice Civile".

³⁹⁰ Así se desprende de la obra monográfica de DORAL, J.A., *La noción de orden público en el Derecho civil español*, Edit.Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

Esta opinión es compartida por LALAGUNA, E., "Libertad contractual", *R.D.Priv*, 1972, págs.890-891, y más recientemente por DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., "El significado de la cláusula orden público", en la obra colectiva *Historia y Derecho. Estudios en homenaje al prof.Arcadio García Sanz*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág.132.

³⁹¹ Vgr. STC 19/1985, de 13 de febrero, FJ1º, BOE nº55, 5 de marzo.

Ahora bien, ello no debe entenderse como ignorancia o infravaloración de algo frecuente en la realidad, en la vida social: La existencia de una serie de situaciones en las que el hecho de soportar estas intromisiones constituye el contenido de una actividad profesional, como es el caso de los artistas, las modelos, etc..

En tales situaciones, entendemos que el cauce típico sería un contrato en el que a cambio de un precio se concediese la autorización, puesto que el contrato en el que a cambio de un precio se asumiera una auténtica obligación sería atípico con respecto a esta ley.

Mas es preciso advertir, que en estas relaciones jurídicas existen unos elementos nuevos constituídos por unos intereses laborales, profesionales, personales y empresariales que introducen unos valores nuevos en la relación jurídica. Y que, asimismo, la delimitación de la esfera de la honorabilidad, privacidad e imagen protegible en las personas en las que concurren tales inteses es muy distinta a la de las demás. Todo lo cual hace que el juicio de reproche a estas obligaciones por parte del ordenamiento jurídico sea mucho menor, que cuando se trata de crear esta obligación con cargo a personas distintas.

Con la Ley en la mano, permítasenos esta licencia expresiva, el único cauce viable es el de la autorización, aunque sería plausible que, en lo sucesivo, existiesen

prescripciones, leyes específicas, que regulasen la actividad profesional cuyo contenido incidiese en el ámbito de estos derechos.

En suma, teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que resulta palmaria la necesidad de plantearse una reordenación de esta materia de tal modo que pueda darse cumplida satisfacción a los problemas que demanda la importancia adquirida, fundamentalmente, por la imagen en cualquier sociedad civilizada, sobre todo si tenemos en cuenta que la LO 1/1982 plantea un problema: reconoce el valor publicitario y comercial de la identidad de las personas pero no ofrece jurídicamente los medios adecuados para solucionarlo.

No puede negarse que la Ley del 82 ha reconocido algo, por lo demás evidente, como es el valor publicitario y comercial de la imagen, la voz y el nombre de una persona, sin embargo no ha previsto un régimen jurídico específico acorde con dicho reconocimiento.

Consiguientemente, se echan en falta previsiones como la relativa a la delimitación del tiempo y condiciones de la explotación, la posibilidad de participar en los beneficios, la previsión de acciones específicas para reparar los daños en caso de incumplimiento con las que se eviten enriquecimientos injustos, comportamientos desleales, etc.

Ante esta situación, de *lege ferenda* son dos las alternativas que pueden proponerse, una que podríamos denominar conciliadora, que tendría como punto de partida la situación actual de nuestro ordenamiento jurídico y otra, renovadora, que partiría de la necesidad de formulación de un derecho nuevo.

Por lo que respecta a la primera opción, podría intentarse completar las lagunas existentes relativas sobre todo a la ponderación de los intereses ya mencionados, arbitrando el régimen jurídico de la explotación de esta vertiente patrimonial del derecho.

En concreto, por lo que se refiere al régimen jurídico de la explotación de la voz, la imagen y el nombre, éste podría establecerse en el marco de la propia LO 1/1982, o bien, siguiendo la tradición jurídica de los países de nuestro entorno, completando dicha regulación con lo dispuesto en otra norma diferente pero en cierto modo afín, como las leyes de propiedad intelectual o de los derechos de autor³⁹².

³⁹² Así por ejemplo en el ordenamiento jurídico italiano la previsión contenida en el art.10 del Codice Civile, que reconoce el derecho a la propia imagen, debe ponerse en relación con la Ley de 22 de abril de 1941 sobre la "Protezione del diritto d'autore e di altri connessi al suo esercizio", más concretamente con los art.96 y 97 que literalmente establecen que "il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente (...). y art.97 "no occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico. Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione od anche al decoro della persona ritrattata".

Como puede observarse la previsión italiana, a falta de una regulación específica análoga a nuestra Ley del 82, se asemeja a lo dispuesto en el art.8

En nuestro ordenamiento, en principio, ambas opciones son viables y, por ende, posibles, si bien consideramos la segunda menos costosa, -pues la primera puede propiciar confusiones-, por cuanto en el reciente Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual³⁹³, se mantiene la previsión de algún aspecto relacionado con esta materia, al reconocer, por ejemplo, en su art.10.1.h) la posibilidad de que las fotografías sean objeto de propiedad intelectual.

Por consiguiente, y siendo innegable, como ha puesto de relieve BERCOVITZ, que el derecho de autor sobre obras fotográficas que recojan la imagen de las personas queda condicionada por la protección que nuestro ordenamiento concede con respecto a la propia imagen³⁹⁴, hubiera sido deseable una mayor armonización con la LO 1/1982 habida cuenta de que, desde

de ésta última.

Pero, incluso en países con una tradición jurídica diferente también se recurre a la ley de propiedad intelectual, así ocurre por ejemplo en Argentina como nos da a conocer FERREIRA RUBIO, D.M. (*El derecho a la intimidad. Análisis del art.1071 bis del Código Civil*, Edit.Universidad de Buenos Aires, 1982, pág.115), más en concreto nos dice que el derecho a la propia imagen, del que afirma su independencia funcional respecto de los demás derechos de la personalidad, se protege por los arts.31 y concordantes de la Ley 11.723. reguladora de la propiedad intelectual, la cual prescribe que el retrato fotográfico de la persona no puede ser puesto en comercio sin el debido consentimiento, si bien establece una serie de supuestos en los que éste no es necesario.

³⁹³El nuevo texto refundido de la LPI es de abril de 1996.

³⁹⁴Cfr. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., "Comentario al art.10.1.h)", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R.Bercovitz, Edit.Tecnos, Madrid, 1989, pág.241. Más recientemente incide sobre esta cuestión en "Comentario a la STS de 25 de marzo de 1996", CCJC, abril-agosto, 1996, n°41, págs.840-842.

Asimismo, acerca de la concurrencia de la aplicación de la LPI y la LO 1/1982 vid CARRASCO PERERA, A., "Comentario al art.123", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord.R.Bercovitz, Edit.Tecnos, Madrid, 1989, págs.1658 y 1662.

la entrada en vigor esta última hasta el texto refundido actual de la LPI han transcurrido casi 15 años y se ha acumulado en esta materia una experiencia nada desdeñable y digna de ser tomada en consideración.

La otra alternativa, que hemos calificado de renovadora, pues supone una cierta quiebra de la tradición jurídica europea, sería la formulación de un derecho nuevo análogo al *right of publicity* americano³⁹⁵, que podría traducirse como el derecho de la persona a controlar el uso comercial de su propia identidad y a obtener provecho de los valores publicitarios que haya creado sobre ella, porque en realidad nos encontramos ante la misma situación fáctica que propició en su momento, mediados del presente siglo, el reconocimiento de tal derecho en Estados Unidos. La situación a la que nos estamos refiriendo es la paulatina utilización de las diversas señas de identidad de la persona como herramienta de trabajo o como medio, sin más, de obtener importantes ingresos.

No estaríamos, por lo tanto, ante un bien de la personalidad en el sentido tradicional que venimos manejando, sino ante un derecho de contenido eminentemente patrimonial arbitrado para proteger el interés comercial de la identidad de los personajes públicos, quiénes, eso sí, tendrían que

³⁹⁵Vid. HOFFMAN, S.J., *Limitations on the Right of Publicity*, en *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1980-1981, pág.12.

probar que su nombre o cualquier otro rasgo identificador de su persona susceptible de ser utilizado, tiene ese valor que ha sido injustamente apropiado por otra persona.

Se configura como un derecho independiente de la intimidad (privacy), distinguiéndose de éste sobre todo por la clase de interés protegido. En este sentido, mientras que el primero atiende primariamente a intereses personales, el segundo supone la satisfacción sobre todo de intereses de orden patrimonial³⁹⁶, circunstancia que permitiría su inclusión, sin traumas, en el tráfico jurídico y la consiguiente aplicación de las normas relativas a los contratos, lográndose así una mayor seguridad y mayores garantías no sólo para el titular del derecho en cuestión, sino también para las terceras personas con las que éste se proponga contratar.

En definitiva, la importación de un derecho de tales características supondría la dotación de un régimen jurídico específico que tutele satisfactoriamente un fenómeno floreciente en nuestro tiempo: la explotación comercial de la imagen, la voz y el nombre de una persona, en definitiva, la explotación comercial de atributos de la personalidad.

Sin embargo, en la actualidad a tenor de la Ley del 1982

³⁹⁶Sobre los caracteres y evolución jurisprudencial de este derecho en los Estados Unidos, vid. Voz: "Right of publicity", en *Corpus Juris Secundum. A contemporary statement of America Law as derived from reported cases and legislation*, Vol. 77, Edit. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1994, págs. 539-544.

debemos reiterar que la construcción del derecho a la propia imagen en los términos expuestos asemejándolo a un derecho patrimonial (*property right*) no es posible o cuando menos no es aconsejable, pues supone exacerbar el alcance de lo que es una mera tarea interpretativa, cuyo resultado conduce, a tenor de lo expuesto, a una confusión entre el *ius conditum* y el *ius condendum*.

Despejada la naturaleza jurídica de lo que en la Ley se denomina consentimiento, el problema que se plantea es si éste, teniendo en cuenta sus efectos, puede interpretarse como una renuncia.

En sintonía con la postura que venimos manteniendo, consideramos que la autorización no supone, en absoluto, renuncia o abdicación por parte del titular del derecho. Sin embargo, se hace preciso el planteamiento de esta cuestión toda vez que autores tan destacados como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, entienden que "en realidad la autorización es una renuncia a la protección legal, lo que no concuerda plenamente con las características generales que a estos derechos se asignan"³⁹⁷.

³⁹⁷DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, op.cit., Vol.I pág.356.

Asimismo, BEL MALLEN, J.I. ("El principio de excepcionalidad (I): Los derechos personales", en *Derecho de la información (I). Los mensajes informativos*, Edit.Colex, Madrid, 1994, pág.155) señala que "con este consentimiento se establece una seudo renuncia que, en cierto modo, contradice el enfoque tan categórico expresado en líneas anteriores", (se está refiriendo al carácter irrenunciable e inalienable de los derechos consagrado en la propia LO 1/1982).

De acuerdo con esta idea, habría que admitir que la Ley al tiempo que declara la nulidad de la renuncia admite también su validez, lo cual constituiría una evidente antinomia. Una contradicción legal que se tendría que resolver optando por una de las dos soluciones puesto que, como puede advertirse, desde tal planteamiento una de las proposiciones deja sin valor a la otra.

Pero, como tal contradicción no es posible³⁹⁸, sobre todo tratándose de dos prescripciones que se hacen al mismo tiempo, por reducción al absurdo, no podemos admitir tal antinomia y, por consiguiente, nos vemos en la necesidad de buscar una interpretación armónica en la que tengan juego ambas proposiciones, la de que la renuncia a la protección es nula y la de que es posible la autorización para la intromisión.

En este sentido, entendemos que la renuncia siempre es

³⁹⁸Asimismo, GITRAMA GONZÁLEZ, M. ("El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.218) afirma que el consentimiento expreso no debe entenderse como renuncia "pues es un derecho (este autor se refiere a la propia imagen, y entendemos que no existen inconveniente en extrapolar dicha consideración a los otros dos derechos, el honor y la intimidad) irrenunciable, inalienable e imprescriptible, sencillamente por inherente a la persona art.10 CE, art.1.3 L.O.1/1982. Incluso cabe decir que la renuncia a estos derechos, aunque no establecida por las normas recién aludidas, sería nula según el art.6.2 por contraria al orden público, el consentimiento...sólo implica renuncia a la calificación del acto o actividad ajena como constitutivo de intromisión ilegítima", y más adelante (págs.218-219) señala que "supone, pues una aplicación de la máxima *volenti non fit iniuria*, pero no en un plano de *ius disponendi* sino meramente en el del *ius fruendi*".

En un sentido semejante, LETE DEL RIO, J.M. (*Derecho de la persona*, op.cit., pág.206-207) entiende que no puede llegarse a tal conclusión y, en consecuencia afirma que "si se otorga el consentimiento expreso, considero que no habrá renuncia al derecho, que no es posible, y todo lo más podría hablarse de renuncia a la calificación de ese acto como perteneciente a la esfera íntima, o si se quiere renuncia a la protección legal".

nula³⁹⁹. Por lo tanto, la validez de la autorización no puede suponer la validez de la renuncia, de otro modo, se estarían confundiendo dos instituciones que, aunque tengan zonas concomitantes, son distintas.

Autorización y renuncia, por incidir ambas sobre la acción de protección pero de forma diversa, serían como dos círculos secantes pero distintos.

En un plano puramente conceptual, autorización y renuncia, son dos ideas incompatibles entre sí porque la autorización evita la ilicitud y, por ello, no nace la acción para defenderse (de nada), no hay ningún objeto al que se puede renunciar; por el contrario, en el caso de la renuncia, se hace dejación de la acción ya nacida como consecuencia de la ilicitud, pero todas las demás consecuencias jurídicas de la ilicitud se producirán, siendo posible, por ello, frente a la intromisión, por ejemplo, la legítima defensa, la acción inhibitoria, el ejercicio de la acción penal, etc⁴⁰⁰.

Por otra parte, la autorización, al conllevar la posibilidad de revocación, por la cual revive la ilicitud,

³⁹⁹A nuestro juicio no podría ser de otro modo. A tal efecto, conviene recordar que tempranamente el Tribunal Constitucional se ha mostrado tajante cuando afirma que los derechos fundamentales son irrenunciables, vgr. STC 11/1981, de 8 de abril, FJ15, BOE n°99, 15 abril.

⁴⁰⁰PENA LÓPEZ, J.Mª., "La tutela civil de la vida", op.cit..

permite hacer rebrotar la acción⁴⁰¹, mientras que la renuncia implica la definitiva desaparición de la acción.

En definitiva, puede afirmarse que, mientras la autorización suprime la ilicitud, la renuncia no; mientras que la autorización es válida, la renuncia es nula.

B.-CAPACIDAD:

Por lo que se refiere a la capacidad para prestar el consentimiento, la Ley contempla expresamente el supuesto de los menores e incapaces al disponer en el art.3 apartados 1º y 2º que "el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil", y que "en los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere resolverá el juez".

En primer lugar, cabe cuestionarse si lo que se exige por razón de las "condiciones de madurez" es la capacidad legal o

⁴⁰¹En este sentido, la salvedad que hace la ley se debe a que puede haber un momento de concomitancia, el mismo efecto cuando la autorización no se revoca.

la denominada mera capacidad natural de obrar. A nuestro juicio, puede afirmarse que basta la capacidad natural de obrar tanto en el caso de los menores como en el de los incapacitados si en el momento de prestarlo tienen madurez, y ello tanto por razón de la letra de este artículo, cuanto por su sintonía con el art.162 CC, que exceptuando de la representación legal perteneciente a los titulares de la patria potestad "los actos relativos a derechos de la personalidad" permite a los menores, carentes como tales de capacidad legal de obrar, ejercitar los derechos de la personalidad por si mismos, siempre que tengan madurez, no existiendo, por otra parte, razón alguna que impida la aplicación de esta misma prescripción a los incapacitados cuando la incapacitación alcance no sólo a sus bienes sino también a su persona.

La regla general, por lo tanto, es la prestación personal del consentimiento y sólo en el caso de que se carezca de madurez podrá ser prestado por los representantes legales. Eso sí, en este último supuesto con una serie de cautelas como son: el conocimiento previo del Ministerio Fiscal⁴⁰² y la forma escrita.

A su vez, recientemente, dichas cautelas se han visto

⁴⁰²Esta intervención del Ministerio Fiscal, como ha puesto de relieve CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. ("La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones ilegítimas en su honor, intimidad y propia imagen", RGD, 1984, pág.660), supone una innovación que carece de todo precedente remoto y próximo en nuestro ordenamiento jurídico privado, lo cual a nuestro juicio merece un juicio positivo por las mayores garantías de tutela que ello ofrece.

reforzadas a tenor de lo dispuesto en el art.4 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en la que concretamente por lo que respecta a esta materia establece, por un lado, que "la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de menores en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados" y, por otro lado, "considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales⁴⁰³".

A tenor de esta nueva norma, es notoria la concesión de una mayor extensión de la institución del Ministerio Fiscal, puesto que en el supuesto de que exista conflicto de intereses será preceptiva su intervención incluso cuando se trate de autorizaciones prestadas por el propio menor, y sean contrarias a sus intereses.

⁴⁰³El subrayado es nuestro.

C.-LEGITIMACIÓN:

La antedicha posibilidad de actuación de representante en relación a menores e incapacitados, ha llevado a un sector de la doctrina a plantearse la posibilidad de que, tratándose de personas capaces, fuese también admisible el consentimiento prestado por medio de un representante nombrado al efecto.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, aluden expresamente a esta idea al entender que si se permite a los menores de edad e incapacitados prestar el consentimiento a través de sus representantes legales ello significa que "el consentimiento no posee carácter personalísimo, que no toleraría las posibilidades de prestación mediante representación, sino sólo un *nuntius* portavoz de la voluntad ya formada por el titular" y, por ello, concluyen que "no hay razón para que no exista una representación voluntaria, si bien el poder de representación al efecto habrá de ser especial, es decir, el poderdante ha de haber permitido la actuación del apoderado en este campo"⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol.I, op.cit., págs.357-358.

Con la misma opinión, vid. GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.219; LETE DEL RÍO, J.M., "Derecho de la persona", op.cit. pág.207; HUALDE SÁNCHEZ, J.J., "Los derechos de la personalidad", op.cit., pág.438.

Por su parte, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., (*Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.161) suscribe totalmente la postura de Díez-Picazo y añade un nuevo argumento: "La Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, prevé que el ejercicio del mismo lo haga el perjudicado o su representante (art.1°.pfo.2°); la rectificación puede constituir un medio de proteger el honor de la persona. Asimismo, el ejercicio de las acciones pueden ejercitarse al amparo de la Ley de 5 de mayo 1982, por intromisión ilegítima en el honor, intimidad e imagen, pueden hacerse por representación, aunque siempre la demandante será el propio sujeto de derecho, no su representante".

Asimismo TIRELLI, T. (*Informazione e responsabilità civile*,

Desde nuestro punto de vista, tal posibilidad no parece admisible porque no debe olvidarse que, en principio, la regla general sentada por la doctrina y corroborada por el art.162 CC, respecto del ejercicio de los derechos de la personalidad es que éste sea personalísimo⁴⁰⁵. Esta regla, además, parece confirmada por la propia Ley que alude al consentimiento del titular del derecho (art.2.2) y sólo permite la actuación de representante cuando por razón de falta de madurez no pueda prestarlo el afectado (art.3.2).

Ciertamente, podría entenderse la palabra titular en un sentido amplio y abarcar al representante, pero dicha interpretación es contradictoria con el principio general por lo que, a nuestro juicio, resulta necesario proceder a una interpretación más estricta, restringida de su significado.

En este sentido, consideramos inoportuna la pretendida aplicación analógica del art.3.2 a las personas capaces en la medida en que no existe identidad de razón toda vez que: 1) la actuación del representante legal sólo se admite cuando sea imposible prestar el consentimiento y, 2) si se admitiese la actuación de representante, al no estar prevista en la ley,

Edit.Giuffré, Milano, 1996, pág.87) está a favor de la prestación del consentimiento en relación al derecho a la propia imagen mediante un representante voluntario de la persona efigiada.

⁴⁰⁵Por todos vid. DE CUPIS, A., "I diritti della personalità", op.cit., págs.79 y ss., 92 y ss.

éste actuaría fuera del control jurisdiccional.

Conclusión que parece corroborar el art.11 del RD n°1332, de 20 de junio de 1994, -que desarrolla determinados aspectos de la LO 5/1992-, cuyo tenor literal establece que "los derechos de acceso a los ficheros automatizados, así como la rectificación y cancelación de datos son personalísimos y serán ejercidos por el afectado frente la responsable del fichero, sin otras limitaciones que las que prevén la Ley Orgánica 5/1992, y el presente Real Decreto.

Podrá, no obstante, actuar el representante legal del afectado cuando éste se encuentre en situación de incapacidad o minoría de edad que le imposibilite el ejercicio personal de los mismos."⁴⁰⁶

Consiguientemente, mientras la Ley no diga lo contrario, no debe admitirse el consentimiento prestado por representante. Además, como se verá a continuación, el hecho de que apenas se prescriban formalidades para la validez de su otorgamiento, esto es, su flexible configuración legal, hace que la figura del representante en la práctica sea realmente poco necesaria.

⁴⁰⁶RCL 1707.

D. -FORMA:

En cuanto a la forma que debe revestir el consentimiento, con la salvedad del supuesto previsto para menores e incapaces que, como se recordará, establece la necesidad de que conste por escrito, la única prescripción que se contiene es que éste sea expreso, lo que, a nuestro juicio, impide la validez de los consentimientos tácitos y presuntos, no existiendo inconveniente alguno en que éste se otorgue antes, después o simultáneamente a la intromisión⁴⁰⁷. Esta interpretación restrictiva del carácter expreso del consentimiento, tiene además su fundamento en la calificación que, el propio Tribunal Constitucional, hace del término autorización puesto que lo considera como una "facultad excepcional otorgada"⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷En esta línea, GITRAMA GONZÁLEZ, M. ("El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.219) nos dice que el consentimiento ha de ser claro y explícito y lo justifica con el siguiente razonamiento "siendo la voluntad del titular la que decide sobre el carácter lícito o ilícito del acto, ha de tratarse por todos lo medios de evitar cualquier equívoco al respecto".

Asimismo, LETE DEL RÍO, J.M. (*Derecho de la persona*, op.cit., pág.207) interpreta el art.2.2 en el sentido de que la necesidad de que el consentimiento sea expreso "quiere decir que no ha de ser tácito o presunto". Comparte esta opinión HERCE DE LA PRADA, V., *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación*, op.cit., pág.143.

⁴⁰⁸Fundamento jurídico 5º de la STC 117/1994, de 25 de abril, BOE nº129, 31 de mayo.

Los antecedentes de hecho de esta Sentencia, a la que nos referiremos en reiteradas ocasiones a propósito del estudio de esta cuestión, son los siguientes: La actriz española Ana García Obregón autorizó al fotógrafo Mimi Cattarinich, mediante documento privado firmado en Roma el 28 de enero de 1985, el pleno derecho a distribuir en todo el mundo, con fines periodísticos, una serie de fotografías que ella misma había seleccionado y aprobado.

Posteriormente, el 10 de septiembre de 1986 y en uso de tal autorización, el fotógrafo cedió a la editorial Origen, editora de "Play Boy España", los derechos de reproducción de el reportaje para que se publicase en un sólo número, obteniendo por ello una contraprestación de un millón de pesetas.

Conocida la cesión por la actriz y mediante requerimiento notarial, el 22 de octubre de ese mismo año, ésta comunicó a la editorial su oposición e, igualmente, el 7 de noviembre dirigió otro requerimiento al fotógrafo manifestando expresamente su voluntad de revocar dicha autorización.

La exigencia del carácter expreso, sin embargo, no es unánimemente aceptada. Así, por ejemplo, O'CALLAGHAN entiende que "pese a la dicción textual de la ley, puede darse un consentimiento tácito, que se asimila al expreso, aunque también puede incardinarse en el caso de exclusión del ámbito de la intimidad por los propios actos que cada persona mantenga reservado para sí misma o su familia, a que se refiere el mismo art.2.1. Es el caso de que el sujeto no consiente expresamente en la intromisión en su intimidad, pero sí tolera que periodistas o fotógrafos penetren o permanezcan en su círculo íntimo"⁴⁰⁹.

Discrepamos de tal consideración por entender que, si bien es cierto lo dicho con relación al derecho a la intimidad de que los propios actos sirven para modelar el ámbito de protección. Esta modelación no surge del mero consentimiento o ex mera voluntate, tal y como se explicó cuando se trató de la naturaleza de los propios actos, como ocurre en el caso de

Aunque el requerimiento fue conocido por la editorial veinte días antes de la fecha prevista para su publicación, ésta publicó las fotografías en su número de noviembre.

Ante tales acontecimientos, la actriz instó la acción de la justicia recayendo los respectivos pronunciamientos tanto en 1ª instancia y Apelación como en el Tribunal Supremo (STS de 16 de junio de 1990 (Ar.4762)). Al no considerar satisfecha su pretensión recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional, que decidió denegar el amparo solicitado.

⁴⁰⁹Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "El derecho a la intimidad", en la obra colectiva *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol.1º, Edit.Bosch, Barcelona, 1992, pág.661.

El carácter tácito es, igualmente, admitido por MARTÍN MORALES, R. (*El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Edit.Universidad de Granada, Granada, 1994, pág.50), en la medida en que afirma que "en realidad lo que quiere decir el art.2.2 L.O. no es que el consentimiento no pueda ser tácito, sino que el consentimiento no puede ser presunto (...). Ahora bien, a pesar de que formas tácitas de consentimiento también sean válidas, esta modalidad ha de interpretarse muy restrictivamente".

la autorización.

La opinión de O'CALLAGHAN no es, en absoluto, aislada, CASAS VALLÉS participa, igualmente, de una interpretación amplia por cuanto entiende que la exigencia de consentimiento expreso no significa otra cosa que éste sea "inequívoco"⁴¹⁰.

Asimismo, ROYO JARA, respecto al derecho a la propia imagen, afirma que "sólo en la medida en que las circunstancias no permitan la aportación de la prueba del carácter cierto del consentimiento tácito, consideramos que la captación y reproducción de tales imágenes puede considerarse, ilícita. Así, el simple permiso implícito, priva a la reproducción de su carácter ilícito"⁴¹¹.

Tampoco podemos compartir dicha opinión ya que respecto del derecho a la propia imagen, la misma Ley al diferenciar en el art.7.5 entre captación, reproducción y publicación no deja lugar a dudas de que el consentimiento para la captación se agota en ese mismo acto siendo necesaria la prestación del

⁴¹⁰Vid. CASAS VALLÉS, R., "Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación", *PJ*, 1988, n°14, pág.134.

⁴¹¹ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, op.cit., pág.98.

Por lo que se refiere a la afirmación hecha por este autor debemos señalar que la misma nos parece difícilmente conciliable con lo que señala más adelante, pág.102, respecto del consentimiento en el que hay contrato, pues sostiene que el consentimiento ha de interpretarse restrictivamente.

consentimiento para la reproducción y la publicación⁴¹². Sin perjuicio, claro está, de que el consentimiento para la publicación lleve implícito el de los actos anteriores que tengan inequívocamente la consideración de inexcusables.

Además de las razones expuestas, desde nuestro punto de vista, una interpretación del carácter expreso del consentimiento en los términos apuntados no resulta convincente por otros motivos entre ellos, básicamente, porque *in claris non fit interpretatio* y, la ley es clara en este sentido⁴¹³, - "cuando el titular hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso". Pero es que además, tal conclusión no sólo no resulta de la interpretación literal sino que prescinde de los criterios de lógica interpretativa a los que fundamentalmente hay que atender a tenor del art.3.1 del Código civil: a) la finalidad y el espíritu de la norma, pues de aquel modo se disminuye ostensiblemente la esfera de protección, que tendrá que ser de la máxima latitud en el caso de los derechos de la personalidad, salvo que inequívocamente la ley la restrinja y,

⁴¹²Por este camino parece inclinarse la jurisprudencia, así por ejemplo, en el fundamento jurídico 1º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1995 (Ar.9477) se nos dice que no cabe entender que existe consentimiento para la publicación por el hecho de que la fotografía estuviese en el archivo del fotógrafo, que a su vez, había sido heredado por la persona que propició dicha publicación.

⁴¹³No ocurre lo mismo en el ordenamiento italiano en el cual, por ejemplo, las normas relativas a la propia imagen no aluden al carácter expreso del consentimiento (art.10 del Codice civile y arts.96-98 de la Legge 22 aprile 1941 de Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio).

Y aún así, los autores admiten el consentimiento tácito con ciertas cautelas vgr. DE CUPIS, A., Voz: "Riservatezza e segreto (diritto a)", en *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XVI, págs.116-117.

b) los antecedentes de la elaboración de la ley⁴¹⁴.

E.-EFICACIA:

El art.2.3 de la LO 1/1982 establece que "el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas".

Consiguientemente, en una primera aproximación, puede afirmarse que las consecuencias de la autorización se extinguen en el supuesto de que el titular del derecho haga uso de la facultad de revocar y, en consecuencia, la conducta autorizada tendrá la consideración de intromisión ilegítima si se produce en lo sucesivo, dado el carácter irretroactivo de la revocación⁴¹⁵.

Asimismo, es preciso poner de manifiesto el sentido amplio

⁴¹⁴Téngase en cuenta que la exigencia del carácter expreso no figuraba en el Proyecto de Ley y fue incorporado con posterioridad de forma explícita en el Informe de la Ponencia. Sobre el mismo, vid. BOC, n°104-I, 19 diciembre 1979 y el BOC, n°104-I, 2 de junio 1981, respectivamente.

⁴¹⁵Vid. Fundamento jurídico 7, de la STS 117/1994.

A este respecto, nos merece un juicio negativo la interpretación que del carácter irretroactivo realizó la mencionada STS 117/1994, por cuanto consideró como pasado un hecho a pesar de que faltaban 20 días para su real y efectiva producción, por entender, el Tribunal, que tratándose de la inserción de un reportaje fotográfico, los 20 días no eran suficientes al estar la edición muy avanzada.

de la eficacia revocatoria puesto que, como establece la STC 117/1994, "tratándose el ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no ~~se~~ agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad de lo transmitido"⁴¹⁶.

En un plano más concreto, la virtualidad de la revocación impone la necesidad de cuestionarse los siguientes extremos: 1) la naturaleza causal o *ad nutum*, 2) la necesidad de plazo, 3) la forma, y 4) la capacidad para su ejercicio.

En primer lugar, por lo que se refiere a la naturaleza causal o *ad nutum* de la facultad de revocar, si tenemos en cuenta que su fundamento es el de facilitar al máximo la desaparición de las intromisiones ilegítimas, debe concluirse que la causa última es la mera voluntad del titular del derecho, puesto que no se exige ninguna causa ulterior justificativa de la misma⁴¹⁷, con lo que puede afirmarse que nos encontramos ante una auténtica revocación *ad nutum*.

En segundo lugar, en lo que atañe a la existencia o no de

⁴¹⁶Vid. fundamento jurídico 5°.

⁴¹⁷A diferencia de lo que ocurre en la revocación prevista en la LO 5/1992 que, como se verá seguidamente, alude a la existencia de una justa causa.

un plazo para el ejercicio de la facultad revocatoria, consideramos que la utilización del legislador de la expresión "en cualquier momento" es más que elocuente, en el sentido de la no exigencia de un plazo; lo cual, por otra parte, está en perfecta sintonía con el carácter imprescriptible de los derechos de la personalidad.

En tercer lugar, debe concluirse que no se exige ninguna forma para el ejercicio de la facultad que estamos analizando, circunstancia ésta que además de coincidir con el principio de libertad de forma ex art.1278 CC, está plenamente justificada por el principio que inspira la interpretación de esta materia, esto es, el evitar al máximo las intromisiones ilegítimas.

Ahora bien, la libertad de forma como principio, no empece la exigencia de su carácter indubitado y recepticio, en este sentido, el fundamento jurídico 6° de la STC 117/1994 establece que la revocación debe satisfacer "el indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige". Esta circunstancia, por lo demás, no impide que se entienda cumplido dicho requisito en el supuesto de que la persona a quien va dirigida la desconozca por no emplear la diligencia normal exigible para su conocimiento.

En cuarto lugar, por lo que respecta a la capacidad y a la legitimación nos remitimos a lo expuesto a propósito del consentimiento.

Además de los presupuestos analizados, el tenor literal del art.2.3 en punto a la expresión "habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas", nos lleva a plantearnos dos cuestiones: Por un lado, si dicha indemnización es una consecuencia de la revocación o, si por el contrario se trata de una condición de la misma y, por otro lado, cuál es la naturaleza jurídica de esa indemnización.

En coherencia no sólo con el espíritu hermenéutico que hemos seguido en esta materia, sino también con el tenor literal de este precepto, consideramos que dicha indemnización es, simplemente, una consecuencia del ejercicio de la facultad de revocar, puesto que, de otro modo, esto es, si se considerase como condición, se estaría poniendo un obstáculo, a nuestro juicio, injustificado, a la revocación. Es más, si así fuera, entendemos que debería constar expresamente en la letra de la Ley como ocurre, por ejemplo, en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de 1996, cuyo art.14.6º faculta al titular de la obra a retirar ésta del comercio "por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa⁴¹⁸ indemnización de daños y perjuicios a los titulares de los derechos de explotación".

El propio Tribunal Constitucional en la STC 117/1994,

⁴¹⁸El subrayado es nuestro.

cuando se refiere a la indemnización de daños y perjuicios en su fundamento jurídico 6º nos dice textualmente "requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancias de la revocación, particularmente en cuanto a la garantía de la indemnizaciones procedentes", con lo que, aunque de forma un poco confusa, tampoco exige que opere como condición puesto que admite que pueda relegarse hacia al futuro.

En este mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, consideran que "no subordina la eficacia de la voluntad revocatoria al pago de la indemnización. Existe independencia de la revocación que es eficaz por sí sola como el precepto presupone, ya que los daños y perjuicios indemnizables son <<causados>> por ella."⁴¹⁹. Asimismo, LETE DEL RÍO nos dice que "es obvio, por tanto, que la revocación no se encuentra subordinada al abono de una indemnización, como lo revela la expresión legal <<daños y perjuicios causados>>"⁴²⁰.

Además, en nuestra opinión, si se considerase como condición para la revocación se plantearían importantes problemas en el supuesto de que la persona que revoca quisiera

⁴¹⁹DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol.I, op.cit., pág.359.

⁴²⁰LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, op.cit., pág.230.

efectivamente cumplir dicha condición, así por ejemplo ¿cómo se cumple?, ¿cómo se cuantifica el daño?, ¿quién ha de determinar la cuantía?, etc.

Ahora bien, el hecho de que no sea tenida como condición para la revocación no impediría la posibilidad de exigir una serie de garantías económicas, para poder satisfacer la indemnización en el supuesto de que ésta resultase procedente. En tal sentido, podría ser de aplicación el art.1121 del CC, que como sabemos permite al acreedor tomar las medidas oportunas para garantizar la efectividad de su derecho.

En cuanto a la segunda cuestión apuntada, -la naturaleza jurídica de esa obligación de indemnizar-, entendemos que no debe interpretarse como una sanción a la revocación, ya que no existe obligación de no revocar y por lo tanto, no estamos ante un acto ilícito que sea sancionable como tal, y en consecuencia no se trata de un supuesto de responsabilidad civil.

A nuestro juicio, se trata, simplemente, de una indemnización, en el caso de que resulte procedente, debida a título de compensación por el empobrecimiento injustificado del tercero, por los daños que se le puedan irrogar y que sean resultantes de la lícita revocación, esto es, consecuencia del ejercicio de la libertad obstativa de la intromisión.

Finalmente, resta señalar que al ejercicio de la facultad

revocatoria le son aplicables los límites impuestos al ejercicio de cualquier derecho, como son, la interdicción del abuso del derecho, la buena fe, la moral y el orden público.

En suma, a modo de conclusión, consideramos que es preciso interpretar restrictivamente aquellas facultades que inciden en el normal desenvolvimiento de estos derechos vgr. la autorización y, por el contrario, ampliamente las que persiguen su reintegración o recuperación como ocurre con la revocación⁴²¹.

La necesidad de mediación del consentimiento para el tratamiento automatizado de datos de carácter personal se presenta, asimismo, como uno de los principales cauces de supresión de la ilicitud.

El Título II de la LORTAD (arts.4 a 11) bajo la rúbrica "*Principios de la protección de datos*" al regular las condiciones del tratamiento automatizado de datos de carácter personal toma como elemento axial el consentimiento del afectado estableciendo en tales casos una serie de

⁴²¹Por el contrario, DE LA VÁLGOMA, Mª ("*Comentario a la L.O. de protección al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen*", op.cit., pág.664) considera que la revocación debe interpretarse restrictivamente "incluso, en algún caso, si en el conflicto de intereses ocasionado el perjuicio que se produce con la revocación es mayor que el daño que puede sufrir el interesado, la posibilidad de revocación debería ponerse en duda".

requisitos⁴²².

No obstante, antes de proceder al estudio de la configuración legal de este consentimiento conviene hacer algunas matizaciones de gran utilidad para una mejor comprensión de nuestro planteamiento.

En este sentido, teniendo en cuenta que la Ley procede a una graduación lógica de conductas de menor a mayor⁴²³, consideramos que el acto de "recogida de datos" está comprendido dentro del conjunto de operaciones que forman parte del "tratamiento automatizado". Consiguientemente, entendemos que los requisitos exigidos con carácter general para el consentimiento respecto del tratamiento automatizado son los mismos que los de la recogida y, por lo tanto, discrepamos de la observación hecha por ORTI al afirmar que el consentimiento para la recogida no está previsto en la ley de manera expresa⁴²⁴.

⁴²²El principio básico de la LORTAD es, precisamente, el principio del consentimiento, el cual, a su vez, está auxiliado por otros principios como: el de pertinencia (art.4.1), finalidad (art.4.2) y veracidad o exactitud de los datos (art.4.3 y 4).

⁴²³Sobre esta idea, vid. HEREDERO HIGUERAS, M., *La ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Comentario y Textos*, op.cit., pág.71.

⁴²⁴ORTI VALLEJO, A. (*Derecho a la intimidad e informática*, Edit.Comares, Granada, 1994, pág.133) pone de manifiesto que "a diferencia del art.6, que claramente establece la necesidad de consentimiento para el tratamiento de los datos, el art.5 no establece de manera expresa la exigibilidad del consentimiento con vistas a su incorporación a un fichero. Sin embargo, la necesidad de consentimiento es consecuencia natural del derecho a la información que el art.5 de la LORTAD establece".

Asimismo, una mejor exégesis de la materia nos lleva a seguir la propia distinción de Ley. En este sentido, comenzamos por el consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal y, seguidamente, analizamos el consentimiento para el tratamiento de los denominados datos sensibles o especialmente protegidos.

Por lo que se refiere al tratamiento de datos de carácter personal sin más, el art.6 establece, en primer lugar, que "el tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa"⁴²⁵ y, en segundo lugar, que "no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan de fuentes accesibles al público, cuando se recoja para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias, ni cuando se refieran a personas vinculadas por una relación comercial, una relación laboral, una relación administrativa o contrato y sean necesarias para el mantenimiento de las relaciones o para el cumplimiento del contrato" y, en tercer lugar que "el consentimiento a que se refiere el artículo anterior podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya efectos retroactivos".

⁴²⁵Con relación a la utilización del término afectado, hubiera sido preferible desde nuestro punto de vista mantener el término interesado recogido en el Anteproyecto, concretamente en su art.4.2 se decía que es "<<Interesado>>: La persona a que hace referencia la información, así como sus familiares, herederos, caushabientes, y demás legitimados conforme al capítulo primero de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo".

A tenor de lo dispuesto en este art.6, será necesario, por lo tanto, el consentimiento del titular de los datos para poder proceder a su tratamiento automatizado, esto es, para llevar a cabo las operaciones y procedimiento técnicos o de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración o modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

La excepción prevista en relación con los datos recogidos de fuentes accesibles al público debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en la medida en que es importante tener en cuenta la finalidad para la cual se recogen, no podrán beneficiarse de esta excepción la recogida o tratamiento de datos accesibles al público cuando su finalidad sea distinta de aquélla para la que fueron expuestos⁴²⁶.

Este consentimiento, a diferencia de lo que ocurre al

⁴²⁶En este sentido, nos parece acertada la puntualización hecha por GRIMALT SEVERA, P. ("El tratamiento automatizado de datos sobre la solvencia patrimonial obtenidos de resoluciones judiciales. (Comentario a la STS, Sala 3ª de 3 de marzo de 1995)", *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº6, pág.225), cuando afirma que "el concepto de fuentes accesibles al público debe articularse en función de los motivos por los que determinados datos son objeto de publicidad -es decir, atendiendo a la finalidad de la publicidad-; procede distinguir entre aquella publicidad de datos que tenga como finalidad la publicidad con carácter general -es decir, que los datos estén destinados a ser de dominio público- sin más, y aquella publicidad de datos que persiga una finalidad distinta (por ejemplo, los datos de un censo son objeto de publicidad, pero ésta tiene como finalidad que los electores y elegibles puedan comprobar la exactitud del censo)".

En esta misma idea insiste el Defensor del Pueblo en la Recomendación sobre la protección de la intimidad personal con respecto a los datos contenidos en el censo electoral, en el Informe Anual del Defensor del Pueblo correspondiente a la gestión realizada durante el año 1995, publicado en el BOC, nº7, VI Legislatura, 26 de junio de 1996, pág.36.

amparo de la LO 1/1982, además de expreso podrá ser tácito⁴²⁷. Esta última modalidad, a nuestro juicio, está justificada por las cautelas, que con carácter obligatorio se establecen en el art.5 puesto que previamente⁴²⁸ a la prestación del consentimiento la persona deberá ser informada de modo expreso, preciso e inequívoco; al menos sobre: la existencia de un fichero de datos de carácter personal, la finalidad del mismo y el destinatario de la información, el carácter de las preguntas que se le formulan, las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos, la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación y cancelación y, la identidad y dirección del responsable del fichero, en consecuencia, si finalmente la persona accede a facilitar los datos, se entiende que consiente su recogida y tratamiento en los términos en que haya sido informado⁴²⁹.

Cuando se trate de *datos especialmente protegidos* el legislador extrema las garantías y procede, a su vez, a distinguir, por un lado, los datos relativos al origen racial,

⁴²⁷La afirmación de la posibilidad del consentimiento tácito, en principio, consideramos que no es de aplicación a los datos obtenidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LORTAD en la medida en que no existía esa obligación de información previa del art.5.

⁴²⁸El término "previamente" es objeto de especial significación en el texto por cuanto nos parece determinante para poder afirmar la validez de un consentimiento que no sea expreso. De lo contrario, esto es, de procederse a la información contenida en el art.5 con posterioridad, una adecuada protección de los derechos al honor y a la intimidad exigiría el carácter expreso del consentimiento.

⁴²⁹No obstante, como prevé el pfo.3º del art.5, no será necesaria tal información si la misma puede deducirse claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban.

a la salud y a la vida sexual (art.7.3) y, por otro lado, los datos relativos a la ideología, religión o creencias (art.7.2).

Por lo que se refiere a los primeros, es preciso el consentimiento expreso del titular⁴³⁰ del que sólo podrá prescindirse cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley, si bien, en lo relativo a la salud, se prevén específicamente, además, otras excepciones (art.8).

Por su parte, los requisitos del consentimiento respecto de los datos relativos a la ideología, religión o creencias son todavía mayores, siendo preciso, además, advertir a la persona del derecho que le asiste a no prestar el consentimiento y, si finalmente accede, éste deberá ser expreso y constar por escrito.

Asimismo, debemos señalar que con relación a los datos especialmente sensibles el principio rige aún tratándose de ficheros de la Administración Pública, los cuales, en principio, estaban excluidos del consentimiento en virtud del art.6.3⁴³¹.

⁴³⁰La ley emplea el término afectado, por nuestra parte, como ya hemos manifestado con anterioridad, consideramos que hubiera sido más adecuada la utilización del término titular.

⁴³¹Cfr. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *Informática y protección de datos personales*. (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal), op.cit., págs.59-60. Literalmente afirma que "conviene tener presente que la exclusión que consideramos no puede referirse a los datos sensibles especialmente protegidos. No me cabe ninguna duda de que las Administraciones Públicas, cumplidas todas las exigencias anteriores, únicamente podrán recogerlos cuando

En cuanto a la naturaleza jurídica y a la capacidad nos remitimos a lo expuesto a propósito del consentimiento en la LO 1/1982, puesto que ésta constituye una norma de Derecho Común con respecto a LO 5/1992. Sin embargo, merece un comentario aparte la correlativa facultad de revocar puesto que la previsión de la LORTAD en este sentido reduce las posibilidades de su ejercicio, al disponer en su art.6.3 que "el consentimiento podrá ser revocado cuando exista causa justificada para ello y no se le atribuya carácter retroactivo.".

Consiguientemente, ya no estamos ante una revocación *ad nutum* sino que es preciso que la persona aduzca una justa causa ahora bien, la necesidad de justa causa, nos lleva a plantearnos si ésta es exigible cuando se trate de datos especialmente protegidos.

su titular así lo consienta expresamente y por escrito, después de haber sido informado, conforme al artículo 5, de los derechos que le asisten. El sentido propio de las palabras de la ley, la sistemática que sigue -el artículo 7 es posterior al que contiene las excepciones- y la propia relación de los preceptos considerados con su contexto y con el espíritu y la finalidad de la ley conducen a esa conclusión. Al igual que llevan a ella razones de índole constitucional, pues, según afirma el artículo 16.2 del texto fundamental, y recuerda el artículo 7.1 de la LORTAD, nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias y existe acuerdo en considerar que la salud y la vida sexual forman parte del contenido del derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución. Por tanto, toda indagación sobre estos particulares con vistas al tratamiento automatizado o no, ha de estar amparada por el consentimiento del afectado o por la expresa cobertura de una ley orgánica".

No obstante, debemos poner de relieve la salvedad que introduce el art.20 de la LORTAD que se refiere a los ficheros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el sentido de que tal y como establece en su párrafo 3º "la recogida y tratamiento por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de los datos que hacen referencia a los apartados 2 y 3 del artículo 7, podrán realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de la investigación concreta".

En tales supuestos, creemos que la respuesta ha de ser positiva. Por lo tanto, respecto de tales datos también será preceptiva la invocación de una justa causa. De otro modo, el legislador lo habría hecho constar expresamente al igual que lo hizo con relación a la prestación del consentimiento.

No obstante, teniendo en cuenta que la distinción de datos especialmente protegidos, dentro de la categoría de datos de carácter personal, obedece a que éstos abarcan circunstancias extraordinariamente delicadas y estrechamente vinculadas a la dignidad de la persona, hubiera sido preferible que con relación a los mismos se aplicase el régimen jurídico de la revocación *ad nutum* previsto en la LO 1/1982.

2.-INTROMISIONES EXPRESAMENTE AUTORIZADAS POR LA LEY:

Tanto la LO 1/1982, como la LO 5/1992 además de contemplar el consentimiento como causa que elimina la ilicitud, utilizan como cláusula de cierre la remisión a la Ley para completar el elenco de posibilidades que conducen a suprimir la ilicitud de la conducta, aun cuando ésta coincida con lo que, al amparo de cualquiera de ambas Leyes, se consideraría una intromisión ilegítima.

La Ley del 82 en el primer inciso del art.2.2 establece literalmente que "no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviese expresamente autorizada por ley"⁴³².

Por su parte la Ley del 92, con un estilo diverso desde el punto de vista de técnica jurídica, dispone con carácter general en su art.6.1 que "el tratamiento automatizado de datos de carácter personal requerirá el consentimiento del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa". Asimismo, el art.7.3, en relación con los datos relativos al origen racial, la salud y la vida sexual, señala que "sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley"⁴³³ o el afectado consienta

⁴³²El subrayado es nuestro.

⁴³³En ambos casos, el subrayado es nuestro.

expresamente".

A nuestro juicio, el fundamento de una remisión tan genérica estaría, en primer lugar, en que la ley especial deroga la general; ley especial que, de acuerdo con lo afirmado en el Capítulo I, tendrá que ser orgánica.

En segundo lugar, tal remisión es perfectamente coherente con la configuración legal de los derechos objeto de protección, para la cual la Ley se erige en el primer criterio delimitador de su ámbito⁴³⁴.

Además, esa "genérica" remisión es sin duda objeto de concreción cuando se exige que sea "expresamente autorizada"; el carácter expreso de la autorización legal, por lo demás, concuerda con la exigencia también del carácter expreso de la autorización de la persona titular del derecho.

De cualquier forma, y a salvo la especificación que encontramos en el art.8.2 de la propia LO 1/1982 con relación al derecho a la propia imagen, una alusión tan global a la ley, confiere a esta materia una importante dosis de casuismo. Por lo tanto, sin ánimo exhaustivo, hemos centrado nuestra atención en aquellos supuestos que, desde una perspectiva práctica,

⁴³⁴En este sentido, baste recordar el tenor literal del art.2.1 que establece que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes, (...)".

resultan más llamativos o han suscitado mayores problemas.

En este sentido, el art.6 de la LRC establece que "el Registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos. La publicidad se realiza por manifestación y examen de los libros, previa autorización, tratándose de Registros Municipales, del Juez de primera instancia, y por certificación de alguno o de todos los asientos del mismo folio, literal o en extracto, o negativa si no los hubiere"⁴³⁵.

A su vez, este precepto debe ser puesto en relación con los arts. 21 y 22 del RRC. El primero de ellos dispone que será necesaria autorización concedida por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla en relación con: 1° La filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida o de circunstancias que descubran tal carácter, de la fecha de matrimonio que conste en el folio de nacimiento, si aquél fuese posterior a éste o se hubiere celebrado en los ciento ochenta días anteriores al alumbramiento, y del cambio de apellido Expósito u otros análogos o inconvenientes. 2° La rectificación del sexo. 3° Las causas de nulidad, separación o divorcio de un matrimonio o de las de privación o suspensión de la patria potestad. 4° Los documentos archivados, en cuanto a los extremos citados en los

⁴³⁵Esta publicidad se extiende a los legajos tal y como lo interpreta la Dirección General de Registros y del Notariado, vgr. Resolución de 21 de enero de 1995 fundamento III.

números anteriores o a circunstancias deshonrosas o que estén incorporados en expedientes que tengan carácter reservado y 5° El legajo de abortos, previéndose, además, correlativamente en el art.22 una serie de supuestos que excepcionan esa necesidad de autorización atendiendo a la persona del solicitante⁴³⁶.

La idoneidad de estas normas nos parece fuera de toda duda no obstante, debemos advertir que, en algunas ocasiones, ha habido intentos de poner en tela de juicio su validez. Es el caso, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1990⁴³⁷ la cual, precisamente, ante dicha tentativa declara que "la circunstancia de que el artículo 18 de la Constitución confiera el carácter de derechos fundamentales a los que versen sobre <<el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen>>, <<el domicilio>> y el <<secreto de las comunicaciones>>, sin incluir referencia alguna a la excepción de que mediara <<resolución judicial>>

⁴³⁶El art.22 concretamente establece que: "No obstante, no requieren autorización especial para obtener certificación: 1° Respecto de los extremos a que se refiere el número primero del artículo anterior, el propio inscrito o sus ascendientes, descendientes o herederos. Respecto de la adopción plena, el adoptante o el adoptado mayor de edad, y respecto de la simple, además, los herederos, ascendientes y descendientes de uno y otro.

2° Respecto de la rectificación del sexo, el propio inscrito.

3° Respecto de las causas de privación o suspensión de la patria potestad, el sujeto a ésta o sus ascendientes o descendientes o herederos, y respecto de las de nulidad de matrimonio o de separación o divorcio, los cónyuges o sus herederos, además, en su caso, de aquéllos.

4° Respecto de los documentos archivados, las personas antes referidas en los distintos supuestos, y cuando se trate de resolución notificada, el destinatario de la notificación.

5° Respecto del legajo de abortos, los padres.

Tampoco requieren autorización los que tienen bajo su guarda las personas antes referidas y los apoderados especialmente por aquéllos o éstas. Aunque el apoderamiento escrito o la guarda no conste fehacientemente, el Encargado discrecionalmente podrá estimarlos acreditados."

⁴³⁷Cfr. Fundamento jurídico 2°, (Ar.72).

para los enunciados en el apartado 1, al igual que lo hace en los 2 y 3 para el domicilio y las comunicaciones, no permite interpretarle en el sentido de que tales derechos tengan naturaleza de valor absoluto o incondicional, es más, en el texto del propio artículo viene a imperar la noción de que <<el honor y la intimidad personal y familiar>> no gozan de dicha naturaleza, toda vez que el apartado 4 prohíbe el <<uso de la informática>> respecto de ellos, tan sólo limita su uso en orden a garantizarles; asimismo la Ley Orgánica 1/1982 no parece consagrar la categoría de valor absoluto para los derechos que contempla: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en cuanto su art.8.1 excluye del carácter de intromisiones ilegítimas <<las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley>>, llegando incluso a decir en su exposición de motivos que <<los derechos protegidos por la Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados>>. Por tanto, no puede tildarse de errónea la afirmación formulada en el sexto fundamento de la sentencia impugnada acerca de que <<el estado civil o cualidad jurídica de la persona natural... está regida por el principio de orden público>>. Cuanto antecede lleva a la necesidad de que los derechos del titular de inscripciones del Registro Civil deben cohonestarse y coordinarse con las que pudieran corresponder a terceros, lo que explica que el principio de publicidad formal instaurado en los arts.6 y 17 de la Ley y del Reglamento Civil respectivamente venga sometido a determinadas restricciones o limitaciones, así los artículos 51 de la Ley

y 21 y 23 del Reglamento establecen la no manifestación de los asientos atinentes a la filiación ilegítima o desconocida, sino a las personas a quienes afecte o con autorización del Juez de 1ª Instancia previa justificación del interés especial, precisándose de solicitud escrita, y es por ello, por lo que no es posible hablar de laguna legal o contradicción constitucional al respecto, ni apreciar indefensión por el mero hecho de que los asientos sobre dicho particular no sean de todo punto reservados o su publicidad no requiera la previa audiencia de la persona a que conciernen, pudiendo hablarse a lo sumo, de utilidad o conveniencia que para el interesado, por razón de mayor seguridad, tendría el ser consultado con anterioridad a la decisión judicial a tomar (...)"

Pero es que además, como sigue diciendo el Tribunal, no es posible "establecer parangón entre los supuestos de intromisión ilegítima tipificados en los apartados 3 y 7 del artículo 7 de la Ley Orgánica con el de la posible publicidad de los asientos registrales referentes a la filiación ilegítima o desconocida (...)"⁴³⁸.

Numerosos ejemplos se encuentran también en otros textos legales. Así, en la LEC el art.578 establece, con carácter general, que se podrá hacer uso de documentos privados y correspondencia como medios de prueba en juicio. El art.966.2

⁴³⁸Fundamento jurídico 3°.

dispone para el caso de que la persona hubiera fallecido sin testar y sin que existan descendientes, ascendientes, colaterales dentro del cuarto grado ni cónyuge legítimo que viviere en su compañía, que el juez procederá a ocupar los libros, papeles y correspondencia del difunto; al paso que, en virtud del art.1173, relativo a la declaración de concurso, se faculta al juez para ocupar los libros y papeles del deudor y retener su correspondencia.

Igualmente, el propio Código Civil en el art.127, por ejemplo, dispone que "en los juicios de filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluídas las biológicas", precepto éste que tampoco ha podido sustraerse a la polémica de ser considerado atentatorio a la intimidad de la persona.

Sobre este particular, cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 marzo de 1994⁴³⁹ en la que se afirma literalmente que "no se vulnera el derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el

⁴³⁹Fundamento jurídico 3º, (Ar.1634).

En esta materia puede afirmarse que la jurisprudencia es constante y uniforme, en este sentido vid vgr. SSTs 14 junio 1988 (Ar.4928, 18 mayo 1994, (Ar.4092). Ya con anterioridad se había pronunciado el Tribunal Constitucional ATC 221/1990, de 31 de mayo en la siguiente forma: El derecho constitucional a la intimidad excluye las intromisiones de los demás en la esfera personal y familiar de los ciudadanos, pero ello no puede convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene íntima relación con el respeto a los posibles vínculos familiares. No hay vulneración del derecho a la intimidad cuando se imponen determinadas limitaciones <<como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula>> STC 170/1987.

ordenamiento jurídico regula como es el caso de investigación de la paternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación, en donde se produce una colisión entre los derechos fundamentales y las partes implicadas pero sin que puedan plantearse dudas respecto a que en los supuestos de filiación prevalece el interés y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad en cuanto que en ellas están en juego los derechos de alimentos y sucesión de los hijos, que son objeto de especial protección por el art.39.2 de la Constitución (...) sin que los derechos a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad, con desconocimiento de las cargas y deberes resultantes de una conducta que tiene una íntima relación con el respeto de posibles vínculos familiares".

Algún autor añade, *ad exemplum*, otros casos como el art.1906 de la LECr. que al establecer la supresión de los nombres propios de las sentencias relativas a delitos contra el honor o la honestidad, autoriza, a *contrario sensu*, su publicación en el resto de las sentencias, aunque no cabe duda de que el condenado puede resultar desmerecido en el concepto público⁴⁴⁰.

Por su parte, O'CALLAGHAN se refiere también a otros actos procesales como pueden ser la publicación de edictos de

⁴⁴⁰Cfr. HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, op.cit., pág.203.

suspensión de pagos, o algunos casos de citación o emplazamiento y, concretamente, respecto al derecho a la propia imagen, alude a la existencia de 3 casos claros, según su juicio: 1) fotografías o dibujos de delincuentes buscados por la policía, 2) las que se obtengan en procesos, que son públicos salvo excepciones, y 3) las imágenes que se utilizan en un proceso o en un expediente judicial como medio de prueba o para el trámite⁴⁴¹.

Otros ejemplos conflictivos son los derivados de las limitaciones al derecho a la intimidad como consecuencia de relaciones jurídicas que el ordenamiento debe proteger como las derivadas de un contrato de trabajo⁴⁴².

Asimismo, ha sido fuente de problemas la tensión entre el derecho a la intimidad y el deber de contribuir al

⁴⁴¹Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.108.

⁴⁴²Un ejemplo, en este sentido, lo encontramos en la STC 170/1987, la cual se basa en los siguientes hechos: El demandante trabajaba desde el año 1973 en el Hotel IFA, Faro Maspalomas, de Las Palmas, como primer barman y en octubre de 1984 decidió dejarse la barba, a lo que se opuso la citada empresa, que, ante la reiterada negativa del trabajador, sancionó a éste por dos veces con suspensión de empleo y sueldo y, finalmente, por carta de 12 de noviembre de 1986 le notificó el despido. Interpuesta demanda por el actor contra el despido que estimaba improcedente, la Magistratura de Trabajo núm.3 de Las Palmas, por Sentencia de 2 de marzo de 1985, desestimó la demanda y estimó procedente el despido por desobediencia reiterada del actor. Recurrida en casación la Sentencia de la Magistratura fue confirmada por la Sala 6ª del Tribunal Supremo por Sentencia de 12 de febrero de 1986. Contra ambas Sentencias se interpone el presente recurso de amparo en el que se invocan como preceptos infringidos, entre otros, el art.18.1 CE.

Pues bien, en este caso el Tribunal Constitucional deniega el amparo porque, como razona en el fundamento jurídico 4, "no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula.

sostenimiento de las cargas públicas. En este sentido ha tenido importante repercusión la STC 110/1984⁴⁴³ en la que se cuestiona, por una parte, la legitimación de la Administración para exigir los datos relativos a la situación económica de un contribuyente y, por otra parte, en qué medida el conocimiento de las cuentas bancarias por la Administración a efectos fiscales debe entenderse comprendido en la zona protegida por el derecho a la intimidad.

En lo que se refiere al primer aspecto, el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 3º afirma que "no hay duda de que en principio puede hacerlo. La simple existencia de un sistema tributario y de la actividad inspectora y comprobatoria que requiere su efectividad lo demuestra. Es claro también que este derecho tiene un firme apoyo constitucional en el art.31 de la Norma Fundamental, según el cual <<todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá carácter confiscatorio>>".

A la segunda cuestión planteada responde el fundamento jurídico 5º, en el cual se dice claramente que "la respuesta ha de ser negativa, pues aun admitiendo como hipótesis que el

⁴⁴³De 26 de noviembre, BOE nº305, 21 de diciembre.

movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad nos encontraríamos que ante el fisco operaría un límite justificado de ese derecho".

A nuestro juicio, es indudable que existen razones sobradas para justificar el conocimiento de las cuentas bancarias, pero discrepamos en la construcción lógica del Tribunal Constitucional porque consideramos que los términos en que se formula son erróneos puesto que nos parece indudable que el conocimiento de las cuentas bancarias entra dentro de la zona protegida por el derecho a la intimidad y, en este sentido, suscribimos la frase del recurrente de que constituyen "la biografía personal en números". Otra cosa, es que existan razones de indudable interés público que posibiliten la injerencia en la órbita que protege el derecho a la intimidad.

En cualquier caso, se trata de simples ejemplos que, a nuestro juicio, son útiles para poder poner de manifiesto el importante casuismo de esta materia y, consiguientemente, el acierto del legislador al utilizar una cláusula genérica que permita englobar a leyes dictadas con posterioridad, sin necesidad de proceder a forzadas interpretaciones.

Asimismo, en el ámbito de las intromisiones "expresamente autorizadas por ley", entendemos que es susbsumible lo dispuesto en el art.8.2 de la propia LO 1/1982, de ahí la idoneidad de proceder a su estudio en este contexto.

Específicamente, el tenor literal del mencionado precepto es el siguiente: "En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
- c) La información gráfica de un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de las personas que las ejerzan".

Desde nuestro punto de vista, de una primera aproximación, puede afirmarse que este precepto se articula, por razón de la proyección pública, sobre dos supuestos básicos: 1) personas carentes de esa proyección, en cuyo caso la utilización de la imagen es ilegítima salvo el supuesto del apartado c) y, 2) personas con proyección pública, respecto de las cuales la legitimidad de la utilización de la imagen viene determinada no sólo por el requisito subjetivo de la proyección, el cual a tenor del artículo sería consecuencia del desempeño de "un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección

pública", sino también por unos requisitos objetivos de carácter material, "acto público", y de carácter locativo, "lugares abiertos al público", respetando siempre, por supuesto, los límites derivados de la necesidad del anonimato, que se recogen en el último inciso.

Al igual que en otras ocasiones en la interpretación de este precepto pueden seguirse diversos posicionamientos, fundamentalmente dos, a saber, interpretarlo restrictivamente o de forma extensiva. Sobre la pertinencia o no de estas posturas y sus consecuencias trataremos de pronunciarnos a continuación al analizar puntualmente su contenido.

Inciendiando más profundamente en el tenor literal de este artículo 8.2 y, por lo que respecta al primer supuesto, -al que nos hemos referido, que no coincide con el primer supuesto legal-, el de las personas sin proyección pública, la licitud de la conducta intromisiva en su derecho a la propia imagen se refiere a la información gráfica de un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria.

Como puede observarse, se trata de un apartado que, a pesar de su carácter excepcional, es concebido en términos de gran amplitud. Amplitud de la que, a nuestro juicio, no ha podido sustraerse el legislador, fundamentalmente, por dos razones: De un lado, la variedad de sucesos o acaecimientos que

encierra la realidad social, necesita irremediablemente de fórmulas genéricas para ser positivizado y, de otro lado, la imposibilidad material de recabar la autorización de todas las personas que, accesoria y accidentalmente, aparecen en las imágenes que sostienen la información gráfica de un suceso.

Por tanto, a la luz de lo dispuesto en este apartado, únicamente carecerá de la consideración de intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona cuando ésta sea meramente accesoria, es decir dependiente de la principal o unida a ella por accidente. Pero, además, leyendo entre líneas, se puede advertir la intención del legislador de vetar cualquier intento de individualización de dicha imagen mediante círculos, aumento, o cualquier otro medio que provoque la transformación de algo accesorio en destacado o principal.

Por lo que se refiere a las personas que ejerzan "un cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública", entendemos que tal expresión legal puede reconducirse a personas con "proyección pública".

La referencia a "cargo público" como consecuencia de la proyección pública, habrá que entenderla referida a un cargo de cierta relevancia y deberán incluirse en dicha categoría a aquellas personas que, no ocupándolo todavía, aspiran al mismo de una forma que pudiera llamarse institucionalizada, teniendo

así cabida, por ejemplo, la persona anónima que aparece encabezando la lista de una candidatura electoral.

La reconducción de las distintas posibilidades contempladas a la categoría de la "proyección pública" permite englobar dentro del supuesto de hecho de la norma lo que GITRAMA denomina *persona noticia*, que es, según este autor, la persona conocida de la mayoría de los individuos en un determinado ambiente, que puede ser universal, nacional, regional o local; que puede ser el de los especializados en determinada ciencia, arte o profesión; el de los aficionados a ciertas manifestaciones artísticas, deportivas; el de los miembros de determinada religión o raza⁴⁴⁴, y que, a nuestro juicio, puede abarcar también a aquellas personas privadas que se ven involucradas, voluntariamente o no, en lo que se considera un hecho noticioso.

O'CALLAGHAN, desde una perspectiva todavía más extensa, entiende que la enumeración de la ley es meramente *ad exemplum*, no cerrada y, por lo tanto sufrirán el límite que se contiene en esta norma aquellas personas que tengan notoriedad o proyección pública pero no por su cargo ni por su profesión sino por sus relaciones amorosas, por su belleza, por su

⁴⁴⁴Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., Voz: Imagen (derecho a la propia), op.cit., pág.351.

matrimonio o por su título nobiliario⁴⁴⁵.

En cualquier caso, parece necesario que la imagen sea actual, es decir, representar el tiempo en que goza de esa proyección pública, tal y como parece inferirse del empleo del verbo ejercer en presente, -"personas que ejerzan"-, a salvo siempre, claro está, la excepción del apdo c), esto es, la imagen meramente accesoria. En definitiva, se trataría así de salvaguardar el, a veces, tan vilipendiado "derecho al olvido".

Además, si bien la proyección pública de la persona es necesaria, no resulta suficiente siendo preciso que la captación de la imagen se realice durante un acto público o en lugares abiertos al público. Esta exigencia es, quizá, uno de los aspectos más espinosos de este artículo, sobre todo por lo que se refiere a "lugares abiertos al público". La referencia a acto público engloba tanto el lugar privado como el lugar público, sin embargo, la referencia lugares públicos ¿comprende los actos privados o se limita a los actos públicos?. Sin duda, se trata de una cuestión importante hasta el punto de condicionar la propia calificación de la conducta como ilegítima o legítima.

Aquéllos que, como mencionábamos al principio, llevan a

⁴⁴⁵Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., págs.149.

cabo una interpretación restrictiva, entienden que una persona que sea tenida por popular cuando se encuentre en un "momento de su vida privada", tiene derecho a la propia imagen aunque se halle en un lugar público. La razón última estaría en que el art.8, desarrollo del art.2.2º de la ley, constituye una excepción *ex lege* a la regla general de exigir el consentimiento del titular, y, por ende, es una norma de *ius singulare* a la que repugna toda interpretación extensiva. A mayor abundamiento, se podría fundamentar tal decisión en el respeto al principio de igualdad ante la ley que hace que también las personas populares puedan gozar íntimamente de los bienes públicos y que, aún sin recluirse en su propio domicilio, puedan preservar su imagen más allá de la parcela de su vida proyectada a la consideración del público⁴⁴⁶.

Según esta interpretación, el fotografiar a una persona famosa el día de la celebración de su cumpleaños en un Restaurante, por ejemplo, sería constitutivo de intromisión ilegítima.

⁴⁴⁶No obstante, existen diversidad de opiniones. Así, por ejemplo, LEITE DE CAMPOS, D. (*Lições de direitos da personalidade*, Edit.Boletim de Faculdade de Direito, Coimbra, 1992, págs.98 y 99) refiriéndose a la clase política como perteneciente a la categoría más amplia de hombres públicos afirma que "A vida privada do político, os seus hábitos pessoais, as suas desventuras conjugais ou amorosas, têm interesse público, por poderem influenciar -e na medida em que sejam susceptíveis de influenciar- a sua capacidade governativa ou administrativa, ou o seu equilíbrio psicológico, a sua disponibilidade de tempo. Eventualmente, a sua probidade, a sua ponderação isenta do interesse público.

Esta publicização da vida do homem público não deve estender-se a qualquer outro indivíduo, por muito grande que seja o seu relevo social. O escritor, o pintor, o cientista, continuam a ser homens privados, não sendo admissível que alguém interfira na sua esfera privada.

Abrir-se-á uma excepção para aqueles que usam a sua vida privada para efeitos de publicidade - e na medida em que seja uso essa utilização. Estou a referir-me aos artistas do <<show-bussiness>> actores de cinema, cantores, etc."

Frente a ello, nos encontramos con la interpretación dada a este punto por O'CALLAGHAN, la cual produce la inmediata consecuencia de considerar el comportamiento descrito en el ejemplo como una actuación plenamente lícita por considerar que el personaje público tiene limitado su derecho a la imagen en todo acto o lugar público y sólo se le mantiene en su círculo privado y en lugar privado (no puede fotografiársele en una comida en su casa; sí en una comida en un restaurante), así si el acto o lugar público son por razón de su vida privada (un festejo familiar en un restaurante, por ejemplo) están en el límite y no alcanza su derecho a la imagen⁴⁴⁷.

Nosotros participamos de la primera postura pero modulada haciendo entrar el criterio de los propios actos. En este sentido, consideramos legítima la captación de la imagen de una persona pública aún "en momentos de su vida privada" si éstos acontecen en lugar público, cuando con anterioridad se ha aprovechado de circunstancias semejantes, bien para mantener su popularidad, o bien para obtener con ellos algún beneficio, generalmente, económico. Lo que se traduciría, en el ejemplo que venimos empleando en que, para poder considerar la conducta descrita como constitutiva de intromisión ilegítima habría que estar a la trayectoria personal del efigiado.

Asimismo, las personas con proyección pública, tiene

⁴⁴⁷Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.150.

limitado su derecho a la propia imagen por cuanto la ley (art.8.2.b)) considera legítima la utilización de su caricatura de acuerdo con el uso social.

Es palmario que la Ley se hace eco de un fenómeno que ha tomado carta de naturaleza en la sociedad actual, -invadida por el mundo de las imágenes-, la caricatura como una expresión evidente de la sátira en el grafismo⁴⁴⁸ y así lo ha concebido también el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de mayo de 1990⁴⁴⁹ en un litigio que tuvo su origen en la caricatura de D.José Luis L-A.J. aparecida en el suplemento semanal "Los domingos de ABC", en la sección "Al loro" firmada por Alfonso U. bajo el título "Amarguren".

En este caso el Tribunal, desde una perspectiva general y abstracta, declaró que "el humor gráfico es relativamente reciente y está estrechamente unido a la evolución de la prensa en donde encuentra su principal campo de acción, y aquí es, precisamente, donde reside su parentesco con la caricatura, que ha encontrado hoy en día una gran difusión, hasta el punto de que su uso generalizado ha adquirido carta de naturaleza en sentido permisivo, como se aprehende de la sola lectura del art.8.2°.b). de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (...)". Ciñéndose ya al caso concreto, consideró que estaba desprovisto

⁴⁴⁸Cfr. ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, op.cit., pág.167.

⁴⁴⁹Ar.3736.

de toda lesión al honor, máxime atendiendo al contexto, esto es, la publicación en las páginas dedicadas al humor.

La referencia al uso social contenida en el último inciso, implica la aceptación social del uso de la caricatura para ilustrar un comentario o hacer una parodia o broma y permite delimitar la forma, condiciones y circunstancias en las que es lícito el uso de la misma, sin embargo, su alusión resulta redundante pues el uso social ya es aplicable en virtud del art.2.2. de la LO 1/1982 que lo utiliza junto con la Ley y los propios actos como criterio delimitador del ámbito de protección.

En cualquier caso, la caricatura que represente a la persona en un momento de su vida privada o en la que exista una deliberada intención de perjudicar al caricaturizado deberá considerarse ilícita. Dicho en otras palabras, en la medida en que aparezca entremezclado con el honor o la intimidad de la persona en cuestión, esta causa de justificación no será aplicable y, consiguientemente, será una utilización ilícita, pues su previsión se refiere exclusivamente al derecho a la propia imagen.

Asimismo, la caricatura no sólo puede realizar una imagen fija, sino que puede contribuir a la producción de toda una narración cinematográfica mediante el procedimiento conocido

de la <<animación>>⁴⁵⁰.

Por último, en relación a lo que hemos denominado personas con proyección pública, es preciso subrayar la existencia de una especie de contraexcepción en el inciso final del art.8.2, lo cual supone claramente un límite a la posibilidad de utilización de la imagen de dichas personas, al prever que "la excepciones contempladas en los párrafos a y b no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ajerza".

Entendemos, por tanto, que en beneficio del interés general o de su propia seguridad, estas personas conservan su derecho a la imagen, aún cuando concurren las circunstancias de lugar público o acto público. No obstante, debemos poner de manifiesto que hubiera sido deseable una mayor especificación porque una cláusula de reserva en términos tan genéricos sin que se sepa a ciencia cierta quienes son esas personas puede ocasionar problemas a los profesionales de la información gráfica, pues no puede dejarse siempre a la intuición o al instinto de prudencia de éstos un tema que la ley podría haber

⁴⁵⁰De todos son conocidas las escenificaciones de la vida de una persona real en películas, teatro, y también los espectáculos sustentados básicamente en la parodia e imitación de personajes públicos.

Todas estas situaciones, por otro lado tan frecuentes en nuestros días, encontrarán amparo en el art.8.2°.b) siempre y cuando, como advierte ROYO sean escrupulosas con el derecho a la propia imagen y además con los derechos al honor y a la intimidad de las personas implicadas (ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, op.cit., págs.169-170).

concretado mucho mejor⁴⁵¹.

En cualquier caso, siempre habrá que tener presente la finalidad con la que se concibieron estas excepciones que no es otra, que la de satisfacer el interés general mediante el ejercicio, fundamentalmente, del derecho a la libertad de información ex art.20 de la Constitución.

Asimismo, es preciso reiterar que la virtualidad de las excepciones del art.8.2 dependerá, en toda su extensión, como consecuencia del contenido del art.7.6º, de la ausencia de fines comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga⁴⁵².

Finalmente, la LO 5/1992, de 29 de octubre, Reguladora del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, también utiliza la remisión a la ley para referirse a las posibles causas las cuales, sin mediar el consentimiento del titular de los derechos, permiten actuar en su esfera jurídica sin generar por ello una responsabilidad. En este sentido, tanto su art.6.1 como 7.3 se remiten a la Ley en aras de suprimir la ilicitud del tratamiento automatizado en ausencia del consentimiento.

⁴⁵¹Cfr. CARRILLO, M., *Los límites de la libertad de prensa en la Constitución española de 1978*, Edit.PPU, Barcelona, 1987, pág.83.

⁴⁵²Así se ha manifestado de forma clara en el fundamento jurídico 2º de la STS de 3 de octubre de 1996, relativa a la utilización, en un calendario para la campaña navideña de 1984 de una conocida marca de cervezas, de la imagen de dos campeones olímpicos, don Luis Doreste Blanco y don Roberto Molina Carrasco en plena competición, con indicación en el mismo de sus nombres y de la obtención de una medalla de oro en la prueba de vela 470.

Sin embargo, podemos señalar al respecto que en esta ocasión el legislador aventura una cierta especificación, que sin mermar el alcance genérico aludido nos pone sobre la pista de cuáles son esas leyes en las que se permite penetrar en la esfera de estos derechos, sobre todo en la intimidad, como así ocurre en el art.7..5 en cuanto dispone que "los datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas sólo podrán ser incluidos en ficheros automatizados de las Administraciones Públicas competentes en los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras".

Con relación a los datos relativos a la salud se especifica un poco más, así el art.8 establece que "sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8, 10, 23 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; 85.5, 96 y 98 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; 2, 3 y 4 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de Salud Pública, y demás Leyes Sanitarias."⁴⁵³.

⁴⁵³A continuación se recoge el tenor literal de los artículos a los que expresamente se alude, con la intención de que el lector compruebe la concreción de la remisión.

La LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (BOE nº102, 29 abril): Art.2: "Las autoridades sanitarias competentes

podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad"; art.3: "Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible"; art.4: "Cuando un medicamento o producto sanitario se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución la Administración Sanitaria del Estado, temporalmente, podrá: a) Establecer el suministro centralizado por la Administración. b) Condicionar su prescripción a la identificación de grupos de riesgo, realización de pruebas analíticas y diagnósticas, cumplimentación de protocolos, envío a la autoridad sanitaria de información sobre el curso de los tratamientos o a otras particularidades semejantes".

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, (BOE nº102, 29 abril): Art.8.1: "Se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica. 2. Asimismo, se considera actividad básica del sistema sanitario la que pueda incidir sobre el ámbito propio de la Veterinaria de Salud Pública en relación con el control de higiene, la tecnología y la investigación alimentarias, así como la prevención y lucha contra la zoonosis y las técnicas necesarias para la evitación de riesgos en el hombre debidos a la vida animal o sus enfermedades."; art.10: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 1. Al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical. 2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso. 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas colaboren con el sistema público. 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario. 5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso corresponderá a sus familiares o persona a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionarse lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento. 7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad. 8. A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por disposición legal o reglamentaria. 9. A negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6; debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente. 10. A participar, a través de las instituciones

comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta ley y en las disposiciones que la desarrollen. 11.A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de Alta. 12.A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan. 13.A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud. 14.A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado. 15.Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados."; art.23: "Para la consecución de los objetivos que se desarrollan en el presente capítulo, las Administraciones Sanitarias, de acuerdo con sus competencias, crearán los Registros y elaborarán los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria."; art.61: "En cada Area de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo y su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes."

Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, (BOE nº306, 22 diciembre): Art.85.5: "Los trámites a que sean sometidas las recetas y órdenes médicas y especialmente su tratamiento informático, respetarán lo dispuesto en el artículo 10 de la General de Sanidad."; art.96: "En el ámbito del Sistema Nacional de Salud corresponde a las Administraciones Públicas Sanitarias la evaluación de las prescripciones por áreas, zonas, terapias, grupos poblacionales y otras circunstancias. El Ministerio de Sanidad y Consumo establecerá los mecanismos de coordinación que permitan optimizar la investigación de sus causas y adoptar las medidas cautelares y de control correspondientes con exigencia de responsabilidades administrativas y penales que hubiere lugar."; art.98: "La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud es de dominio público salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria y de los datos comerciales de empresas individualizadas, así como el secreto estadístico. Su gestión corresponde a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial y al Estado en la información agregada del conjunto del Sistema Nacional de Salud."

3).-ACTUACIONES AUTORIZADAS O ACORDADAS POR LA AUTORIDAD COMPETENTE DE ACUERDO CON LA LEY:

El tenor literal del art.8.1º dispone que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante"⁴⁵⁴.

El primer apartado de este precepto, -que es objeto de estudio en este epígrafe-, plantea, a nuestro juicio, tres cuestiones de delimitación de singular importancia: 1)qué virtualidad tiene esa fórmula, 2)qué debe entenderse por "Autoridad competente" y, 3)qué alcance merece la expresión "actuaciones autorizadas o acordadas (...) de acuerdo con la ley".

El planteamiento de la primera cuestión pretende, simplemente, destacar que el art.8.1 es aplicable a los tres derechos objeto de protección. Esta puntualización, que en un principio puede resultar una obviedad, se hace precisa para

⁴⁵⁴Del tenor literal de este precepto se desprende la previsión de dos hipótesis diferentes y claramente diferenciadas, como así lo han entendido también numerosos autores. En este sentido, vid. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, op.cit., págs.112 y ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy.", op.cit., págs.226 y ss.; HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, op.cit., pág.201; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., págs.67 y ss., 108 y ss., 147 y ss.

Sin embargo, por lo que se refiere a este epígrafe, nos limitaremos a la primera de ellas.

salir al paso de lo que pudiera ser una falta de imaginación del Tribunal Supremo, puesto que a este respecto la Sentencia de 27 de febrero de 1990⁴⁵⁵ nos dice textualmente que "la exégesis de este precepto -el art.8.1- ha sido objeto de una viva polémica doctrinal, pero justo es convenir que lo más acorde con su finalidad y esencia es aquella que viene entendiendo que tales actuaciones más parecen pensadas para los derechos a la intimidad y a la propia imagen que para el derecho al honor específicamente entendido, ya que no es factible imaginar una autorización que permita atacar el honor de una persona".

Asimismo, la interpretación que aquí se propone, en nuestra opinión, no sólo se desprende el empleo de la expresión "con carácter general", sino también del hecho de que no ser así, resultaría difícil explicar la razón por la cual el legislador se ha tomado la molestia de establecer un régimen adicional de excepciones en el párrafo 2º relativo exclusivamente al derecho a la propia imagen.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, -el significado del término "Autoridad competente"-, hemos de señalar que en el proyecto de ley orgánica se hacía referencia expresa a la autoridad judicial y se completaba diciendo "en investigaciones de los delitos o en interés de la administración de justicia".

⁴⁵⁵Fundamento jurídico 1º, (Ar.720).

Particularmente sobre este tema algunos autores, como por ejemplo DE LA VÁLGOMA, afirman que hubiera sido mejor mantener tal referencia y ello para evitar cualquier tentativa de interpretación en otro sentido⁴⁵⁶.

Desde un planteamiento opuesto, y concretamente por lo que se refiere a la "investigación de los delitos", GITRAMA considera adecuada su supresión y afirma que su mantenimiento "haría necesario forzar la expresión legislativa a fin de dar cabida a otros supuestos, por ejemplo la publicación de retratos de personas ausentes (en sentido técnico, Tít.8º, Libro I, del C.c.) o desaparecidas, para su búsqueda y localización"⁴⁵⁷.

Por nuestra parte, no vemos porqué habría de mantenerse la referencia a la autoridad judicial máxime cuando el hecho de haberse suprimido no impide que en múltiples ocasiones sea ésta, precisamente, la única competente. Al mismo tiempo, su supresión posibilita la subsunción en dicha norma de aquellos otros supuestos en los que el ordenamiento jurídico confiere competencias a otras autoridades, supuestos por lo demás nada desdeñables y frecuentes.

⁴⁵⁶Cfr. DE LA VÁLGOMA, Mª., "Comentario a la L.O de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", op.cit., pág.667.

⁴⁵⁷GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., págs.226-227.

Así por ejemplo la Exposición de Motivos de la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección Seguridad Ciudadana⁴⁵⁸, por lo que en este contexto interesa establece que en la misma se regulan "las condiciones y los términos en que, conforme a lo permitido por la Constitución y las leyes, podrá prescindirse del mandamiento judicial para penetrar en domicilios, en lo que se refiere a las tareas de persecución de fenómenos delictivos tan preocupantes para la seguridad de los ciudadanos como son los relacionados con el narcotráfico" y, consiguientemente, en su art.21.1 dispone que "los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos en la Constitución y en los términos que fijen las leyes" y el párrafo 3º prescribe que "será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad"⁴⁵⁹. Todo ello sin perjuicio de que, como se

⁴⁵⁸RCL 421.

⁴⁵⁹El párrafo segundo de este artículo se omite puesto que ha sido declarado nulo por la STC 341/1993, de 18 de noviembre, BOE nº295, de 10 de diciembre, junto con el inciso final del art.26.j.

A título meramente ilustrativo, se transcribe a continuación el contenido del art.21.2º: "A los efectos de los dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante en conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito".

Los argumentos vertidos por el TC en la citada Sentencia para declarar inconstitucional este apartado pueden resumirse, a tenor de su fundamento jurídico 8º, en los siguientes: Los términos utilizados en tal precepto permiten entradas y registros domiciliarios basados en conjeturas o en

establece en el apartado 4º, "cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entrasen en un domicilio, remitirán sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente".

Otro ejemplo lo encontramos en la Ley 22/1995, de 17 de julio⁴⁶⁰ que modifica el párrafo 4º del art.569 de la LECr. quedando redactado en los siguientes términos: "El registro se praticará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o Tribunal que lo hubiera autorizado, o del Secretario del servicio de guardia que le sustituya, quien levantará acta del resultado de la diligencia y de sus incidencias y que será firmada por todos los asistentes. No obstante, en caso de necesidad el Secretario Judicial podrá ser sustituido en la forma prevista por la Ley Orgánica del Poder Judicial.".

Por su parte, la Ley General Tributaria, concretamente, en el último inciso del apartado 5º del art.111 establece que "A efectos del artículo 8, apartado 1, de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se considerará autoridad competente al Ministro de Economía y Hacienda, a los Directores de Departamento de la Agencia

sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia. Las expresiones ambiguas e indeterminadas que contiene el art.21.2 confieren al precepto un alcance que la Constitución no admite.

⁴⁶⁰Publicada en el BOE nº170, de 18 de julio, la cual entró en vigor al día siguiente.

Estatad de Administración Tributaria y a sus Delegados Territoriales"⁴⁶¹.

Por último, en cuanto al alcance que debe dársele a la expresión legislativa actuaciones que "sean autorizadas o acordadas (...) de acuerdo con la ley", entendemos que tal previsión supone, ante todo, que la actuación sea ajustada a Derecho y, que se contenga dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico; límites que tendrán que venir configurados necesariamente por ley orgánica al incidir sobre derechos cuya naturaleza fundamental exige que la ley que los delimite sea precisamente de este rango, lo cual no empece que la juridicidad del acto implique actuar de la forma prevista por todas la leyes, reglamentos y circulares que regulen la actividad de estas autoridades.

La práctica forense demuestra la gran variedad de posibilidades que encuentran su amparo en el art.8.1. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1993⁴⁶² que tiene su origen en la publicación en un Diario Oficial de la sanción impuesta a un corredor de comercio (sanción que con posterioridad fue invalidada), el Tribunal, ante la posible vulneración del derecho al honor alegada por el sancionado, considera que ésta no existe al encajar la

⁴⁶¹Este artículo ha sido redactado por la Ley 25/1995, de 20 de julio.

⁴⁶²Vid. Fundamento jurídico 2º, (Ar.510).

conducta descrita en el apartado 1º del art.8, ya que "una vez recaído el acuerdo sancionatorio, que por razones de garantía procedimental ostenta la cualidad de público, puede ser difundido por cuantos ejerciten el derecho a informar pero sobre todo porque gozando tal acuerdo de la cualidad de ejecutivo, pese a no haber devenido firme, otorga al órgano sancionador la potestad de proceder a una inmediata ejecución, que es lo que ha sucedido en el supuesto que se enjuicia".

Más recientemente, la Sentencia 27 mayo de 1995⁴⁶³ considera que los hechos que dieron lugar a la misma también son incardinables en el apartado 1º del mencionado art.8. En este caso se trataba de la petición del Ministerio Fiscal de ventilar, con anterioridad al juicio que se seguía, la posible incapacitación para el ejercicio profesional del abogado recurrente como consecuencia de una sanción que le había sido impuesta por el Colegio de Abogados.

Sobre este punto en concreto se pronuncia el fundamento jurídico 9º, en el cual el Tribunal Supremo declara que "en el caso ninguna duda cabe sobre la legitimidad de la actuación del Ministerio Fiscal. Como expresa la contestación a la demanda el <<menoscabo>> que el demandante alega haber sufrido en su honor persona y profesional, nunca puede derivarse de una estricta actuación profesional ajustada a Derecho y

⁴⁶³Ar.4135.

razonablemente fundada de quien tenía la representación del Ministerio Fiscal en determinado juicio oral. Tan fundada, que, según certificación expedida por la Secretaría de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, en fecha 18 de octubre de 1994, que da cuenta de las causas de suspensión del cumplimiento de la sanción <<el Colegio de Abogados en Resolución de 23 de noviembre de 1992, acordó considerar cumplida la sanción que pudiera quedar pendiente>>. La actividad, por tanto, de los Fiscales demandados, se adecua, en todo, a la misión constitucional que tienen encomendada de <<promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley>> (art.124.1 de la Constitución española). No puede, en consecuencia, reputarse <<intromisión ilegítima>> la petición de comprobación de los extremos relativos a la sanción impuesta al colegiado y de su extensión a otros ámbitos, así como de los aspectos relativos al cumplimiento de la referida sanción. Estamos, en definitiva, en presencia de <<actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley>>, y ello con independencia de que el Tribunal no las considere necesarias". Por consiguiente, concluye que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

4.-PREDOMINIO DE UN INTERÉS RELEVANTE.

El último inciso del art.8.1 de la LO 1/1982 establece que no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas "cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante". Por su parte, el art.4.6 de la LO 5/1992 se refiere, a nuestro juicio desafortunadamente, a valores históricos para legitimar la conservación *sine die* determinados datos que respondan a dichos valores.

En términos generales, se puede afirmar que nos encontramos ante una previsión específica de una causa de justificación, a saber, el estado de necesidad, pues se está en un supuesto en el que al confluir diversos intereses se sacrificará aquél que tras un análisis comparativo resulte de menor prevalencia y relevancia.

En tal sentido, consideramos que hubiera sido más adecuado sustituir esa ringlera de intereses por un concepto jurídico más elaborado como, por ejemplo, el de interés general o público, o incluso mejor si éste se añadiese a modo de cláusula de cierre⁴⁶⁴. De este modo se permitiría la inclusión de otros intereses de carácter predominante, igualmente legítimos a nuestro juicio, como por ejemplo el interés político y se

⁴⁶⁴Consideramos más adecuada la opción de la <<cláusula de cierre>> para asegurar, sin necesidad de proceder a una labor integradora, la ponderación de intereses tan efímeros y relativos, pero no por ello insubstanciales, como los culturales o los históricos.

posibilitaría, a su vez, una mejor coordinación de estos derechos, honor, intimidad y propia imagen con las libertades de expresión y de información dulcificando la fatigosa tarea interpretativa que sobre estos conflictos ha tenido que llevar a cabo el Tribunal Constitucional. En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la LO 1/1982 tras referirse a las intromisiones ilegítimas declara que "existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público⁴⁶⁵ que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el artículo 8 de la ley"⁴⁶⁶. Es más, la exigencia del carácter prevalente del interés responde, como se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional

⁴⁶⁵El subrayado es nuestro.

⁴⁶⁶El contenido de la Exposición de Motivos es recogido casi literalmente en varias sentencias, vgr. SSTs 30 de diciembre de 1989, FJ2, (Ar.8880), de 9 de enero de 1991, FJ1, (Ar.292) y 20 de febrero de 1993, FJ3, (Ar.1001) en las que a propósito del interés público se señala que "Los derechos protegidos por la ley de 5 de mayo de 1982 no pueden considerarse absolutamente ilimitados, pues imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas, y si el art.7 define las intromisiones que tienen este último carácter, no obstante existen casos en los que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales como son los indicados en el art.8 de la propia Ley".

Es curioso comprobar, antes de la elaboración de la LO 1/1982, como las distintas posibilidades contempladas en el art.8 de la misma coinciden en gran medida con los supuestos de interés público <<acusado>>, señalados por GITRAMA. Concretamente este autor ("Voz:Imagen (derecho a la propia)", op.cit., pág.350), afirma literalmente que: "un ejemplo de interés acusado existe, por ejemplo, en los casos de reproducción de imágenes a fines científicos o didácticos: en las necesidades de publicación de fotografías para la mejor administración de justicia; cuando la difusión de la imagen aparezca justificada por la popularidad de la persona en cualquiera de los campos de la actividad humana (ciencia, arte, política, deporte...) o por el hecho de que desempeñen un cargo público de cierta importancia que igualmente la dote de notoriedad; o cuando, en fin, la publicación misma se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o desarrolladas en público. Las víctimas de una catástrofe o de un delito, los firmantes de un acuerdo de interés social, etcétera, no podrán oponerse a su publicación".

resultante de la resolución de los concretos conflictos que se le han ido planteando, a la idea de satisfacción de ese interés público o general⁴⁶⁷.

Pero, en cualquier caso, parece que el legislador ha preferido concretar los intereses que siendo prevalentes y relevantes confieren a la conducta el carácter legítimo. Por lo tanto, nos encontramos una vez más ante conceptos indeterminados a los que se recurre con frecuencia en el ámbito de estos derechos⁴⁶⁸, los cuales a pesar de dificultar ostensiblemente la determinación apriorística de su auténtico significado y alcance, que debe demorarse hasta el momento de la producción de conflictos concretos, nos merecen una valoración favorable, pues con ellos, habida cuenta de su función positiva, no se crea un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida, antes al contrario, se dota a la norma en cuestión de la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución

⁴⁶⁷En este sentido, vid. Fundamento jurídico 8 de la STS 110/1984, de 26 de noviembre, BOE nº305, 21 de diciembre.

Esta doctrina es recogida recientemente en la STS de 29 de marzo de 1996, FJ2, (Ar.2371), y 3 de octubre de 1996, FJ2.

⁴⁶⁸Así, la necesidad de atender a estos intereses es reiteradamente recogida por la jurisprudencia francesa. Sobre la misma, vid. TALLON, D., "Personalité (Droits de la)", *Encyclopédie Dalloz*, Paris, 1991, Tomo VI, pág.8.

Igualmente, en Italia se contemplan estos intereses en el art.97 de la ley 22-4-1941, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, por ello no es de extrañar que la doctrina se haga eco de los mismos. Por todos vid. DE CUPIS, A., "I diritti della personalità", en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, 1959, pág.274. Sin embargo DE MARTINO, V., *Comentario al Codice Civile*, Libro I, Edit.Pem, 1971, pág.155, excluye los fines artísticos.

que la norma preconiza y al espíritu y finalidad de la misma⁴⁶⁹.

La exigencia expresa del art.8.1 de que los intereses que en el se contemplan "predominen" y sean "relevantes", permite identificar y valorar su presencia en el caso concreto.

En este sentido, por lo que se refiere al requisito de que "predominen", consideramos que la valoración de la prevalencia implica: a)Un valor comparativo, que supone que el interés sea valorado por el ordenamiento jurídico como superior al que está protegido en los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen, y, b)Un valor intrínseco, es decir, no basta con el predominio, sino que habrá que atender a la entidad propia de ese interés para el ordenamiento jurídico.

A su vez, el carácter relevante como causa limitativa de los derechos protegidos en la LO 1/1982 es interpretado, a nuestro juicio con acierto, como sinónimo de *imprescindibilidad de su uso*. Concretamente la STS de 7 de octubre de 1996, en su fundamento jurídico 3º, señala que "el acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la *imprescindibilidad del uso de la imagen en atención a sus*

⁴⁶⁹Abunda sobre esta idea y, en general, sobre la forma de operar con los conceptos jurídicos indeterminados, siempre partiendo de la concepción del lenguaje jurídico como lenguaje no formalizado, SAINZ MORENO. F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Edit.Civitas, Madrid, 1976, págs.192 y 193, 322 y ss.

fines"⁴⁷⁰, lo afirmado con relación a la imagen, es a nuestro juicio extrapolable, a los otros dos derechos, el honor y la intimidad.

Partiendo de las consideraciones anteriores, con relación al interés histórico parece que su presencia posibilita el conocimiento legítimo, por un lado, de los grandes acontecimientos de la historia, que marcan la evolución de la sociedad y que presentan un interés nacional o internacional, para los que es evidente que debe primar el interés colectivo público como corolario del derecho a la información y, por otro lado, de aquellos otros diversos acontecimientos de la crónica cotidiana, si bien estos últimos pueden presentar más dudas⁴⁷¹.

El Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse y

⁴⁷⁰Fundamento jurídico 3º de la STS de 7 de octubre de 1996. En concreto los hechos originadores de este litigio se refieren a la utilización incontestada de una imagen, en la que aparecen cinco personas, tres adultos y dos niños, como soporte gráfico de una campaña publicitaria de respeto a los mayores promovida en el año 1990 por el Ayuntamiento de Madrid, la cual había sido adjudicada por concierto directo a la entidad "Karacol Animación". Los padres de uno de los niños fotografiados (que en el año 1990 cumpliría 3 años) y los cónyuges que aparecen también en la fotografía interpusieron demanda sobre el derecho a la propia imagen contra el Ayuntamiento de Madrid y el fotógrafo.

El juzgado que conoció el pleito dictó sentencia con fecha de 13 de abril de 1992 en la que se declaraba no haber lugar la misma por no existir intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de aquellos.

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que mediante sentencia de 8 de junio de 1993 estima el recurso por considerar que se había producido una vulneración del derecho fundamental a la propia imagen de los recurrentes. Tanto el Ayuntamiento como del fotógrafo interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

⁴⁷¹Cfr. RAVANAS, J., *La protection des personnes contre la realization et la publication de leur image*, Bibliothèque de Droit Privée, París, 1978, págs.246-127.

apreciar la existencia de este interés en la Sentencia de 24 de mayo de 1990 dictada con ocasión del recurso de casación interpuesto por dña Gunilla O. contra Don Santiago A.F. y Don Julián L.S.J. y "Ediciones Tiempo S.A. por la divulgación de la ideología política del padre de la demandante. En este caso el Supremo declaró no haber lugar al recurso y en su Fundamento de Derecho único pfo.4º afirmó entre otras cosas que "nada vejatorio hay en la divulgación de la ideología política del padre por cuanto se trata del predominio de un interés histórico que salvaguarda el art.8.1º de la Ley orgánica 1/1982".⁴⁷²

Por lo que respecta al interés científico, partiendo del concepto de ciencia como "conocimiento cierto de las cosas por sus principios y sus causas"⁴⁷³, consideramos que su inclusión permite atender a cualquier interés, -siempre que sea prevalente y relevante-, que favorezca tal conocimiento, y así, por ejemplo, pueden incardinarse en tal concepto aquellos aspectos que resultan provechosos para el desarrollo de la medicina, la etnología, la criminología, etc, esto es, a aquellas parcelas de conocimiento más próximas a la persona. No es extraño, por lo tanto, como advierte GITRAMA, que la máxima incidencia se encuentre en el derecho a la propia imagen, en este sentido fotografías de pacientes típicos o

⁴⁷²Ar.4079.

⁴⁷³Definición de la voz "ciencia" en el *Diccionario de la Real Academia Española*.

especialmente atípicos insertas en libros o revistas, proyectadas en aulas, Congresos etc, no comportarán ilícito alguno si el fin es realmente científico y no es posible eliminar la reconocibilidad del efigiado ocultando -como delicadamente suele hacerse- su rostro o al menos sus ojos, no obstante en tales casos, sería bueno recabar el consentimiento para su publicación, de este modo sería lícita la publicación de imágenes relacionadas con estas ciencias siempre que no fuera posible eliminar la reconocibilidad del efigiado⁴⁷⁴.

Ciertamente, la idiosincrasia del derecho a la propia imagen parece propiciar más las injerencias de este tipo, sin embargo, y en línea de principio, los derechos al honor y a la intimidad también pueden resultar afectados por razón de este tipo de interés⁴⁷⁵.

Por último, el art.8 se refiere al interés cultural. En nuestra opinión, su incorporación permite acoger en el supuesto de hecho de la norma dos órdenes de cosas: Por un lado, se está haciendo referencia a intereses de índole espiritual, en

⁴⁷⁴Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.228.

⁴⁷⁵Pensemos, por ejemplo, en la elaboración de estudios epidemiológicos, posibilidad prevista en el art.8.1. de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la cual se enmarca dentro de la función preventiva que modernamente preside las políticas sanitarias y se recoge asimismo en el art.6.1 y 3 de la citada ley que dispone que las actuaciones de las Administraciones Sanitarias estarán orientadas a la promoción de la salud y a garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas no sólo a la prevención de las enfermedades sino también a la curación de las mismas.

contraposición a lo que son intereses meramente económicos y, por otro lado evoca el conjunto de manifestaciones en que se expresa la vida tradicional del pueblo de conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona, pueblo o época, o al conjunto de creaciones del hombre en general o de una sociedad determinada.

Se trata quizá del interés mas ambiguo, el cual en la medida en que se contempla en la Ley, abre un amplio margen de maniobrabilidad a los Tribunales, que serán los que dibujen, en definitiva, los límites del mismo, mediante la difícil tarea de aprehender de la realidad social del momento qué se entiende por cultura.

En tal sentido, no resulta extraño que sea criticado por alguna doctrina por adolecer de claridad, por su gran amplitud y falta de especificación⁴⁷⁶ o, como afirma GITRAMA, "no sólo por redundante puesto que el adjetivo cultural ya incluye a histórico y científico, con lo que haría éstos innecesarios sino que además llevado a sus últimas consecuencias implicaría prácticamente la negación de la exclusiva que integra el derecho a la propia imagen toda vez que el autor de las imágenes, el fotógrafo, podría invocar lo artístico de su obra

⁴⁷⁶En este sentido, vid. ROYO JARA, J., *La protección del derecho a la propia imagen*, op.cit., pág.162.

con la consiguiente publicación y libre comercialización"⁴⁷⁷.

Desde nuestra perspectiva, coincidimos con aquéllos que afirman que se trata de un concepto de gran amplitud y difícil aprehensión, pero ello no nos merece un juicio negativo⁴⁷⁸ sobre todo si tenemos en cuenta que no basta con que ese interés exista, sino que ha de ser relevante y predominante en relación con los concretos intereses que se satisfacen con la protección del honor, la intimidad y la propia imagen.

Por ello, a pesar de la dificultad que comporta la averiguación de su contenido creemos enriquecedora su inclusión en la Ley ya que supone un elemento más a tener en cuenta al realizar el juicio valorativo de la conducta que, en principio, debería conducir a la obtención de soluciones más justas aunque esto no siempre se logra. A nuestro juicio, constituye un claro ejemplo de esto último la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1990⁴⁷⁹ relativa a la publicación en el "Diario de Cuenca" de dos artículos. El primero, bajo la rúbrica "Un libro de Derecho despierta las protestas de alumnos de la Autónoma", hace referencia a un profesor de Derecho canónico (recurrente) que obliga a comprar un libro escrito por él. El segundo, con

⁴⁷⁷GITRAMA GONZÁLEZ, M., "El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.227, y Voz: "Imagen (derecho a la propia)", op.cit., pág.354.

⁴⁷⁸En este sentido, vid. ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982*, de 5 de mayo, op.cit., págs.116 y 117.

⁴⁷⁹Ar.1704.

el título "Los alumnos de Derecho se destapan", manifiesta que el citado profesor los coaccionó a comprar su libro. En el presente caso, el Tribunal Supremo hace suyos los siguientes hechos probados en la instancia: el profesor obliga a comprar un libro escrito por él, lleva varias semanas sin asistir a clase y al mismo tiempo se dice que el autor del libro es un buen profesor.

Partiendo de tales premisas, y tras la lectura de los polémicos artículos periodísticos, el Tribunal señaló que carecían de carácter difamatorio para el recurrente, que no le hacían desmerecer de la consideración ajena (...) pues había en ellos cierto interés cultural relevante", lo que le llevó a la aplicación del art.8.1º de la LO 1/1982 y, consiguientemente, a no reputarlas como intromisión ilegítima.

En este caso, discrepamos del razonamiento vertido para no reputar la conducta descrita en los artículos como desmerecedora de la consideración. A nuestro entender, más que en la presencia de un interés cultural, el fundamento se encontraría en el propio tenor literal de los artículos publicados que no constituyen un ataque a la persona, sino mas bien el relato neutral -dentro de los posible- de un acontecimiento.

Asimismo, nos merece una opinión negativa la alusión al interés cultural relevante recogida en la Sentencia de 19

octubre de 1992⁴⁸⁰ relativa a la publicación, en un artículo sobre sanidad infantil (en la revista *Canarias Educación*), de la fotografía de un menor recibiendo tratamiento de diálisis. El Tribunal Supremo en este supuesto, a fin de justificar la inexistencia de ese interés cultural argumenta que la imagen no tenía ninguna relación con la experiencia que se relataba en el artículo pues fue obtenida en un centro hospitalario ajeno al colegio público y carecía de interés cultural relevante para justificar la intromisión en el derecho fundamental del hijo de la actora.

Disentimos nuevamente de la utilización como fundamento del interés cultural pues, en todo caso y habida cuenta que se denuncia la infracción del último inciso del art.8.1 en su totalidad sería más adecuado referirse no obstante al interés científico, en cuyo caso también hemos expresado anteriormente debería procederse a ocultar la identidad del enfermo en la medida de lo posible siendo adecuado en tal caso recabar el consentimiento.

Por último, también se apreció la concurrencia de un interés cultural en la Sentencia de 21 de diciembre de 1994⁴⁸¹ con ocasión de la publicación de una fotografía sin consentimiento, en este caso, de los herederos de la efigiada.

⁴⁸⁰Fundamento jurídico 1º, (Ar.8079).

⁴⁸¹Fundamento jurídico 2º, (Ar.9775).

Se trataba, en concreto, de la utilización de la imagen de una persona fallecida para dar publicidad a la reposición de la zarzuela "La Chulapona" que en el año 1934 había sido representada por la actriz.

En lo que aquí interesa la mencionada Sentencia declara que en el actual supuesto se trata de la reproducción fiel de la imagen de la actriz en relación con los carteles de 1934 y no supone en forma alguna representación grotesca, insultante, ridícula, soez, difamatoria, degradante de la misma o en cualquier manera desdoro para su figura pues se pretendía con ello hacer un homenaje y reconocimiento de los acreditados méritos de la actriz sin mengua de su fama y con absoluto respeto y lealtad al viejo cartel anunciador. Por todo ello, considera inaplicable el art.7.6 de la LO 1/1982 puesto que "la publicidad y comercialización que el mismo se contiene no fue el objetivo de la publicación sino que actuaron como medios para la mejor proyección del interés cultural acreditado". Además, añade el Tribunal, "buena prueba de ello son los reducidos ingresos obtenidos por la venta de posters, libretos, incluso su bajo precio, con lo que el propósito principal se desvanece y pasa a segundo plano, todo ello con independencia de los producidos por la expedición de localidades, pues no se reprodujo en escena ni se utilizó para nada la imagen de doña Selica".

En este caso, si bien la Sentencia afirma la existencia

de un interés cultural acreditado olvida mencionar siquiera que éste fuese relevante lo cual, desde nuestro punto de vista, merece un juicio de reproche al menos en cuanto a la forma⁴⁸².

En cualquier caso y, al margen de la opinión que nos merezcan las Sentencias comentadas hay algo que está fuera de toda duda y es el amplio margen de maniobrabilidad que ha dado a nuestros Tribunales la ponderación de los distintos intereses que en la Ley se contemplan, puesto que su indefinición traslada indefectiblemente el problema de la delimitación de la presencia concreta de este interés al terreno de la interpretación judicial.

⁴⁸²Sobre las razones que pudieron influir en el Tribunal Supremo para llegar a tal decisión vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1994", CCJC, 1995, n°37, págs.401 y ss.

III.-CAUSAS GENERALES DE JUSTIFICACIÓN.

Para completar el análisis de las circunstancias cuya presencia provoca la eliminación de la ilicitud resta referirse a la posible concurrencia en este tipo de ilícito civil de las causas de justificación que, con carácter general, se recogen en el Código Penal. Dicho en otras palabras, ¿es posible que la reacción defensiva de cualquier bien lesione el honor, la intimidad o la propia imagen de una persona?.

Las causas de exención de responsabilidad han sido ampliamente elaboradas por la doctrina penal, ya que el Código civil español, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, cuyos Códigos civiles son más recientes⁴⁸³, no las regula. No obstante, esta circunstancia, -el que se regulen en el CP-, no desdice el carácter civil de las normas de responsabilidad civil contenidas en el Código Penal, que hoy es unánimemente admitida⁴⁸⁴ y de ahí la idoneidad de su análisis en este contexto

Los supuestos de exención de responsabilidad criminal se recogen actualmente en los arts.19 y 20 del Código Penal. Por

⁴⁸³Vgr. BGB párrafos 226 y ss, Código Suizo de las Obligaciones art.52, Código civil italiano arts.2044 y 2045, y Código Civil portugués, arts.335 a 340.

⁴⁸⁴Acerca de la naturaleza civil de tales normas, vid. DÍAZ ALABART, S., "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1987, sobre responsabilidad civil de un menor de edad por actuación ilegítima contra el honor de las personas", *RJCM*, Diciembre 1987, nº2, págs.233-234.

lo que aquí interesa, el párrafo 4° del art.20 se refiere al que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes: "Primero. Agresión ilegítima. En el caso de defensa de los bienes se reputará como agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En el caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor."

En virtud del párrafo 5° están exento de responsabilidad criminal "el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse."

Finalmente el párrafo 7° exime de responsabilidad criminal

al "que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo".

A su vez, el mencionado art.20 CP debe ponerse en relación con el art.118.1 de mismo cuerpo normativo que recoge los supuestos en los que la exención de responsabilidad criminal no comporta la exención de responsabilidad civil⁴⁸⁵.

Concretamente, este artículo en lo que a nosotros importa dispone que: "La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20,

⁴⁸⁵Antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal, LO 10/1995, de 23 de noviembre, BOE nº281, 24 de noviembre, las causas que eximían de responsabilidad criminal estaban recogidas en el art.8 del CP (Tít.I, Cap.II) siendo un total de nueve. A su vez este precepto debía ponerse en relación con el art.20 del mismo cuerpo normativo que disponía que:

"La exención de responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º y 10º del artículo 8º no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

1ªDe los hechos que ejecutaren las personas señaladas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 8, serán responsables civilmente quienes las tengan bajo su potestad o guarda legal, siempre que hubiere por su parte culpa o negligencia.

No habiendo persona que las tenga bajo su potestad o guarda legal o siendo aquella insolvente, responderán con sus bienes las propias personas a que hace referencia el párrafo anterior, dentro de los límites que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.

2ªEn el caso del número 7º son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubieren reportado.

Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, lo cuota proporcional de que cada interesado deba responder.

Cuando no sean equitativamente asignables, ni aún por aproximación, las cuotas respectivas, o cuando la responsabilidad se extienda al Estado, o a la mayor parte de una población, y, en todo caso, siempre que el daño se hubiere causado con el asentimiento de la Autoridad o de sus Agentes se hará la indemnización en la forma que establezcan las leyes o reglamentos especiales.

3ªEn el caso del número 10, responderán principalmente los que hubiesen causado el miedo y, subsidiariamente, los que hubiesen ejecutado el hecho, dentro de los límites, respecto a esto últimos, que para el embargo de bienes señalan las Leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal.

En todos los supuestos previstos en este artículo, el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen, siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales."

no comprende la responsabilidad civil, que se haría efectiva conforme a las reglas siguientes: (...) 3ª En el caso del número 5º serán responsables directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. (...)"

1.-ESTADO DE NECESIDAD:

En un principio puede resultar extraño el hecho de que se incluya el estado de necesidad como causa excluyente de responsabilidad civil cuando del primer inciso del art.118 CP no se desprende tal conclusión, antes al contrario, ya que se establece una obligación de indemnizar. Sin embargo, atendiendo a las reglas que se especifican para hacer efectiva la responsabilidad que subsiste, se infiere que no se trata de una auténtica responsabilidad, pues no se trata de reparar el daño causado a la víctima. Y ello porque el daño que se produce no es antijurídico⁴⁸⁶ y además la persona que ha causado el daño a otra en estado de necesidad no es responsable civilmente, sino que lo es aquélla en cuyo favor se ha evitado que, como advierte DE ÁNGEL, no tienen porque coincidir⁴⁸⁷.

La conclusión expresada, esto es, que el estado de

⁴⁸⁶En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho Civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, vol.II, págs.611-612) afirman que "Como en el caso de la legítima defensa, el daño en estado de necesidad es un daño justo, puesto que con él se evita un mal mayor. La actuación en estado de necesidad excluye la antijuridicidad. Crea, sin embargo, un derecho del perjudicado contra el beneficiado. Ahora bien, este derecho no constituye un caso de responsabilidad civil, puesto que falta el requisito de que el comportamiento dañoso sea antijurídico. Tampoco es en puridad un genuino deber de restablecer un equilibrio patrimonial roto. El matiz es importante. En primer lugar, porque la acción no es del perjudicado contra el causante del daño, sino del perjudicado contra el beneficiado. En segundo lugar, porque no se dirige a obtener la reparación del daño, sino sólo a la restitución en la medida en que el demandado se haya enriquecido (<<en proporción del beneficio que hubieren reportado>> dice el artículo 20 del Código Penal)".

La misma idea es sostenida por LETE DEL RIO, J.M., *Derecho de Obligaciones*, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, vol.II, pág.171.

⁴⁸⁷Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad civil*, op.cit., pág.285.

necesidad constituye una causa de justificación a efectos de la responsabilidad extracontractual, era fácilmente aprehensible antes de la reforma del Código Penal puesto que en el anterior art.20, a diferencia de lo que ocurre en el actual art.118 (que alude al perjuicio que se le hubiera evitado a la persona), se utilizaba como parámetro para medir la indemnización el beneficio que hubiera reportado a la persona en cuyo favor se había precavido el daño. Y, en este sentido, ROGEL afirmaba que el art.20 habla impropiamente de responsables civiles: "si aquí se tratase del resarcimiento de los daños, habrían de computarse éstos atendiendo a criterios objetivos y abonarse el valor a la víctima. Por el contrario, el artículo 20, para determinar el montante de la obligación pecuniaria no hace referencia al daño sufrido por la víctima, sino al <<beneficio que hubieren reportado>> (las personas en cuyo favor se haya precavido el mal). En mi opinión, -sigue razonando-, la cantidad se debe no porque haya responsables civiles, sino para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto a expensas de la víctima, y sólo dentro de los límites necesarios para evitarlo, aun cuando el daño sufrido fuere mayor"⁴⁸⁸.

La obligación de indemnización, que se contenía en el art.20 del CP, no sería nada más que una lógica consecuencia

⁴⁸⁸ROGEL VIDE, C., *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Edit.Civitas, Madrid, 1977, págs.86 y 87.

de la eliminación de un enriquecimiento o "beneficio" injusto.

Hoy, el tenor literal ha cambiado y el parámetro al que se atiende es el perjuicio que se le haya evitado a la persona o personas en cuyo favor se ha precavido el mal.

Sin embargo, entendemos que tal variación no resta vigencia a lo afirmado anteriormente y, en consecuencia, puede seguir sosteniéndose que el estado de necesidad constituye la clave para explicar, con respecto a la obligación resarcitoria, estas dos consecuencias que se producen en el orden civil, en punto a la legitimación pasiva y la finalidad de la acción resarcitoria: 1) la acción no es del perjudicado contra el causante sino contra el beneficiado por el daño evitado y 2) la acción no se dirige a obtener la reparación del daño, sino sólo la restitución en la medida en que el demandado se haya favorecido.

A la hora de proceder al examen de las circunstancias concretas a fin de determinar si existió o no estado de necesidad, debemos tomar como punto de referencia los requisitos exigidos por el Código Penal, no sin antes aludir siquiera brevemente a lo que se entiende en este contexto por situación de necesidad.

En tal sentido, debemos precisar que dicha situación se caracteriza por la existencia de un conflicto entre bienes e

intereses en circunstancias tales que permitan afirmar que la salvación de unos depende del sacrificio de otros; el conflicto ha de ser real y consecuencia de un peligro real y objetivo⁴⁸⁹.

Por lo tanto, inminencia e inevitabilidad del conflicto son requisitos primarios e indispensables, a los que la jurisprudencia añade el carácter absoluto del riesgo como inexistencia de otros medios viables para evitarlo. Sin embargo, esta interpretación jurisprudencial ha sido matizada por la doctrina en el sentido de apreciar en concreto que el sujeto haya hecho lo humanamente exigible para evitar el conflicto.

Ahora bien, no es suficiente que la persona que pretenda beneficiarse de esta causa de justificación se halle en un estado de necesidad, pues el Código Penal establece tres requisitos necesarios para poder hablar de un auténtico estado de necesidad.

En primer lugar, es preciso que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, si bien la doctrina para que pueda operar con validez esta causa exige algo más: no sólo que el mal causado no sea mayor, sino que sea menor que el salvado.

⁴⁸⁹En este último sentido, vid. MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.343.

Este requisito puede traducirse en la necesidad de una estricta proporcionalidad. La interpretación tradicional entiende que se trata de comparar los bienes jurídicos en conflicto, sin embargo, la redacción legal no obliga, sino al contrario, a tal planteamiento ya que la ley no compara "bienes" sino "males", y en la gravedad del mal no sólo influye el valor del bien sino la forma en que se lesiona.

Una lesión producida por la Naturaleza no permite más valoración que la del bien típico lesionado, por lo que la gravedad del "mal" es aquí igual a la importancia de dicho "bien". Pero el mal causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone no sólo el menoscabo del bien, sino además una perturbación del orden jurídico y, siendo individual el bien, una injerencia anormal en la esfera del lesionado, de lo que cabe deducir que el "mal" causado por la acción realizada en estado de necesidad deberá ser mayor que la lesión del bien típico que supone. Por esta vía se alcanza una conclusión que modifica la interpretación tradicional del art.8.7º (actual art.20.5º) y en particular el supuesto de igualdad de males⁴⁹⁰.

En segundo lugar, es preciso que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. La doctrina hace sinónimo de intencionalidad el carácter doloso

⁴⁹⁰Cfr. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Edit.PPU, 3ª Edición, Barcelona, 1990, pág.500.

de la creación del conflicto.

El tercer y último requisito es que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse. El texto se refiere al "necesitado", no precisamente al agente porque en el caso de "auxilio necesario" o "estado de necesidad de terceros", quedará excluída la posibilidad de actuación lícita si el tercero está, por su profesión o cargo, obligado a soportar el daño en sus bienes jurídicos.

Conocido el alcance de las circunstancias que preceptivamente han de acompañar al estado de necesidad como causa de justificación, la cuestión que se plantea es la de determinar su posible concurrencia en relación con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En este sentido, aunque en principio técnicamente no existe una razón que lo impida, consideramos que su virtualidad será escasa.

2.-LEGÍTIMA DEFENSA.

Con relación a esta causa de justificación es preciso advertir que no cuestionamos si la acción lesiva contra el honor, la intimidad o al propia imagen puede estar justificada por constituir legítima defensa (de cualquier bien) contra su agresión ilegítima. Obviamente hace falta que la acción defensiva de estos bienes espirituales sea meramente defensiva, esto es, idónea para evitar esa agresión ilegítima. Desde esta perspectiva, cabe cuestionarse la idoneidad de estos bienes para que su lesión pueda ser el medio para evitar la agresión ilegítima.

En todos los tiempos se ha reconocido, si bien con diferente amplitud, que la legítima defensa es, no sólo un acto no punible, sino un acto conforme a Derecho⁴⁹¹.

RANIERI la define como "la reacción necesaria y proporcionada que se lleva a cabo para alejar de sí o de otro, el peligro actual de una ofensa injusta"⁴⁹².

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, como hemos advertido al comienzo, en el nuestro la

⁴⁹¹Cfr. VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, Edit.Reus, (traducido de la 20ª Edición alemana por Luis Jiménez de Asua y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintillano Saldaña), pág.342.

⁴⁹²RANIERI, S., *Manual de derecho Penal*, Edit.Temis, Bogotá, 1975, Tomo I, pág.212.

legítima defensa no se regula en el Código civil, y sí en el art.20.4° del CP, a tenor del cual está exento de responsabilidad criminal y de responsabilidad civil (ex art.118) "el que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminente. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor".

En primer lugar, por lo tanto, resulta insoslayable que la agresión sea ilegítima, esto es, contraria a derecho; aunque no necesariamente punible, porque como indicó MAGALDI al hacer referencia expresa al término ilegítima, y no a cualquier otro, como podía haber sido, por ejemplo, ilegal, parece que el legislador se pronuncia en el sentido amplio⁴⁹³. Lo cual,

⁴⁹³Cfr. MAGALDI, M^a J., *La legítima defensa*, Edit.Bosch, Barcelona, 1976, pág.71.

En el mismo sentido, Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A. (*Sistema de Derecho Civil*, op.cit., vol.II, pag.611) consideran que se extiende a los casos en que el daño causado no sea constitutivo de delito y se trate, simplemente, de un daño aquiliano que pueda englobarse dentro del art.1902 puesto que: "aun cuando dentro de nuestros textos legales la legítima defensa sólo es regulada

permite concluir que no es preciso que la agresión a la persona o a los derechos sea constitutiva de delito, sino que es condición necesaria y suficiente, que sea contraria a derecho, es decir, antijurídica.

Esta característica implicaba tradicionalmente la concurrencia de tres elementos: acto de fuerza material, propósito lesivo, y peligro para bienes jurídicamente tutelados.

Hasta hace relativamente poco tiempo, la jurisprudencia de modo casi unánime concebía la agresión como acometimiento físico, violento y personal, con la inmediata consecuencia de restringir el ámbito de los bienes defendibles⁴⁹⁴.

El segundo requisito del art.20.4º consiste en la necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión o repelerla, lo que se traduce a juicio de VIVES ANTÓN y de

en el Código Penal, se trata de una figura que cubre todos los campos del ordenamiento jurídico. En definitiva, si la agresión ha sido ilícita, la defensa es siempre legítima (los daños causados en legítima defensa no son indemnizables)".

⁴⁹⁴Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, op.cit., pág.35.

En el mismo sentido vid.SAUER, G., *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Bosch, Barcelona, 1976, pág.188; VON THUR, A. (*Tratado de las obligaciones*, Edit.Reus, Madrid, 1934, (traducción W. Roces), Tomo I, pág.271; JESCHECK, H.H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Edit.Comares, Granada, 1993, (Traducción por J.L. Manzanares Samaniego), pág.304; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, Edit.Akal, Madrid, 1986, (2ª edición anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino), pág.271; COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág.386

No obstante, sigue habiendo autores que consideran necesario un acto de acometimiento y fuerza física. Por todos vid. BARRAGÁN MATAMOROS, L., *La legítima defensa actual*, Edit.Bosch, Barcelona, 1987, págs.37 y 50.

COBO DEL ROSAL en la *aptitud defensiva* del medio empleado, que ha de ser el menos gravoso de los disponibles, y su *peligrosidad potencial*⁴⁹⁵.

En un sentido similar, nos parece enriquecedora la aportación de QUINTERO OLIVARES quien por "medio empleado" entiende que se está haciendo referencia a las posibilidades de defensa del agredido⁴⁹⁶, lo cual nos parece un dato importante para su más adecuada interpretación.

Por último, el tercer requisito es la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende, el cual ha sido interpretado de muy diversas maneras. Desde la más amplia, que entiende que hay provocación suficiente siempre que, de algún modo, se haya motivado la agresión, a la más estricta, que ciñe la provocación suficiente a aquélla que justifica la agresión.

A nuestro juicio, siguiendo a MUÑOZ CONDE habrá que entender que sólo cuando la agresión es la reacción normal de la provocación de que fue objeto el agresor se podrá negar la legítima defensa⁴⁹⁷. Por el contrario, según el parecer de CÓRDOBA el legislador, al exigir la suficiencia de la

⁴⁹⁵Cfr. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., pág.387.

⁴⁹⁶Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1989, 2ª Edición, pág.462.

⁴⁹⁷Cfr. MUÑOZ CONDE, F., GARCIA ARAN, M., *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., pág.341.

provocación, está pensando en una provocación de tal naturaleza, que no se limita a dar motivos para la agresión sino que la produce inevitablemente⁴⁹⁸.

A tenor de la configuración legal de la legítima defensa, no nos queda más que afirmar que en la práctica resulta difícil concebir un supuesto en que se pueda evitar una agresión ilegítima contra cualquier bien, lesionando el honor, la intimidad o la imagen del autor de la agresión, sin embargo su apreciación sería posible⁴⁹⁹, pensemos, por ejemplo, en el supuesto de la imágenes captadas durante un atraco en un Banco, o en la captación de la fotografía de una persona que se dirige a nosotros para atacarnos con una navaja.

⁴⁹⁸En este sentido, vid. CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Edit. Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, págs.116 y 117; "Comentario al art.8.4 del Código Penal", *Comentarios al Código Penal*, Edit. Ariel, Barcelona, 1976, Tomo I (arts.1-22), págs.251-253.

⁴⁹⁹Esta posibilidad no es descartada por BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, op.cit., pág.41), cuando afirma que: "El ámbito en el que normalmente se producirá la justificación de los ataques contra el honor será, precisamente, la defensa frente a otro ataque de ese bien jurídico. Son difícilmente pensables situaciones en que una injuria o una calumnia sean empleadas como medio para evitar una agresión ilegítima a otro bien jurídico"

3.-EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO.

El ejercicio de un derecho es, en principio, un acto legítimo y justo, aunque perjudique intereses ajenos, tal y como lo prescribe el art.20.7º del C.P., mientras su obrar, claro está, no constituya un ejercicio abusivo del mismo.

Cuando el titular de un derecho pone en práctica el haz de facultades que éste le concede, aunque al hacerlo cause un daño, no responde del perjuicio ocasionado si el mismo es consecuencia natural del derecho que tiene atribuido.

No obstante, como es sabido, el ejercicio de un derecho no puede significar un uso irracional e indiscriminado del ámbito de poder, esto es, de las posibilidades de actuación jurídica concedidas a su titular; sino que su ejercicio se halla sensiblemente mediatizado por la existencia de límites, tanto de orden externo como interno.

Consiguientemente, el conocimiento de los límites resulta indispensable para saber si el ejercicio de un derecho es efectivamente legítimo y, en consecuencia, pueda argüirse como causa de justificación.

Desde una perspectiva genérica, el ejercicio legítimo del derecho vendrá condicionado por los principios de buena fe e interdicción del abuso del derechos. Por lo que se refiere al

primero de ellos, el art.7.1 CC establece que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe".

La buena fe como conducta exigible al hombre en su relación con los demás, es uno de los grandes legados jurídicos que Roma nos transmitió⁵⁰⁰. Sin embargo, a pesar de los años transcurridos se trata todavía de un concepto oscuro. Así, "aunque a primera vista creamos conocerlo, a medida que nos adentramos en él nos rodean incertidumbres e inseguridades"⁵⁰¹. En este sentido, es igualmente expresiva la frase de VON THUR "no creemos que sea posible dar una definición precisa de la "buena fe" porque la buena fe no es un producto de inducción lógica, sino materia de experiencia y razón práctica"⁵⁰².

La base 3ª de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para

⁵⁰⁰Es el principio jurídico fundamental del *honeste vivere* de los romanos, fue ya recogido por ULPIANO, D.I., I, 10, *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

⁵⁰¹CAMACHO EVANGELISTA, F., *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Edit.Universidad de Granada MCMLXII, pág.5.

La primera teoría que sobre la buena fe se formula, es la de WACHTER o concepción psicológica pura (WACHTER, "Die bona fides ins besendere bei der Ersitzung", 1872, (cit. por Camacho Evangelista, op.cit.)., que la configura como un "hecho psicológico", intelectual, creencia errónea. Frente a ella BRUNS distinguiría la buena fe como hecho psicológico pero a su vez como concepto ético, concretamente diciendo que "se puede considerar la buena fe como un modo de comportamiento que indica lo que es honesto, lo recto, lo que debe ser el comportamiento de la persona" BRUNS, "Das wesen der bona fides bei der Ersitzung", 1872, (citado por Camacho Evangelista).

En un sentido similar se manifiesta CHERCHI, "Considerazioni sulla buona fede", *Riv.Dir.Civ.*, 1942, pág.25.).

⁵⁰²VON THUR, A., "La buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho actual", *R.D.Priv.*, 1925, pág.337.

la modificación del Título Preliminar, ordenaba la configuración de la exigencia de la buena fe como requisito de los actos jurídicos, y el texto articulado de 1974 en cumplimiento del mandato se refirió al ejercicio de los derechos.

En nuestros días la buena fe es un principio informador del ordenamiento jurídico⁵⁰³ que, tras la reforma del Título Preliminar habida en el año 1974, aparece consagrado de modo explícito en el ya citado art.7, junto con el abuso del derecho.

La carencia hasta 1974, de una norma expresa en tal sentido no impidió a la doctrina y a la jurisprudencia recurrir a la buena fe como uno de los límites del ejercicio de los derechos⁵⁰⁴ y, consiguientemente, su reconocimiento explícito no supuso, una innovación ya que, como advierte HERNÁNDEZ GIL "lo que se ha hecho ha sido formular legislativamente algo ya

⁵⁰³Sobre este aspecto, vid. GETE ALONSO Y GALERA, M^a C., "Comentario al art.7 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Edit.Edersa, Madrid, 1992, Tomo I, vol.1, pág.863.

⁵⁰⁴Cfr. FERREIRA RUBIO, D.M., *La buena fe*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1984, pág.299.

Igualmente, vid. MONTÉS, V.L., "Comentario al art.7.1 del Código Civil", en *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1977*, Edit.Tecnos, Madrid, 1977, vol.1º, pág.371; MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Estudios de Derecho Patrimonial*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1984, pág.26.

tenido por la vía de la interpretación"⁵⁰⁵, si bien conllevó una mayor "comodidad" para el intérprete, quien se supo seguro bajo el amparo de un concreto precepto legal.

La buena fe no es un concepto unívoco. Es más, el ordenamiento jurídico lo tiene en cuenta con una pluralidad de matices y de consecuencias⁵⁰⁶, dentro de los cuales destaca, precisamente, la buena fe como causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

Ahora bien, tal y como se ha advertido marginalmente,

⁵⁰⁵HERNÁNDEZ GIL, A., *Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe (Discurso de apertura de curso)* Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, pág.15, en la que además añadió que "se da un paso importante por la senda de la interpretación del ordenamiento formulado con otros órdenes básicos que le fundamentan, le trascienden y consiguientemente, le completan".

⁵⁰⁶Concretamente, los diferentes matices puestos en evidencia por DÍEZ-PICAZO, L. (*Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1979, Vol.I, pág.186), son los siguientes: "La buena fe es considerada en primer lugar como causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito. Es tenida en cuenta también como fundamento de creación de especiales deberes de conducta exigibles, en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de relación jurídica. Finalmente, es condición de la adquisición de determinados derechos subjetivos y, por consiguiente, al mismo tiempo causa de limitación del ejercicio de tales derechos. En teoría general dos concepciones de buena fe baten el campo. Una primera dirección considera la buena fe como un estado psíquico consistente en la convicción o en la creencia de obrar correcta y regularmente, o, lo que es lo mismo, la ignorancia de lesionar el derecho de otro. Se trata, por supuesto, de un estado psicológico fundado en un error o en una equivocación. La segunda concepción puede ser calificada como concepción ética de la buena fe. La buena fe es más que nada una valoración ética de la conducta. Por consiguiente, sólo es de buena fe aquel que ha adoptado un comportamiento diligente. No basta cualquier tipo de error o de equivocación para poseer buena fe, sino que es preciso un error que sea excusable. El error que pudo y diligentemente debió ser desvanecido no sirve para fundar la buena fe."

Esta pluralidad de matices desaconseja el intento de dar una concepción unitaria, como así ha puesto de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ, J.Mª., "Comentario al art.7.1 del Código Civil", en *Comentarios del Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, Tomo I, pág.41.

existen diversas concepciones de buena fe, en consecuencia debe precisarse cuál es la concepción que opera en el papel de límite del ejercicio de un derecho.

En este sentido, convenimos con DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en que se trata de la buena fe objetiva, la que constituye un *estándar jurídico*, es decir, un modelo de conducta socialmente considerada como arquetipo, o también una conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado⁵⁰⁷.

Así, el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento jurídico, sino también cuando se utiliza de manera o en circunstancias tales, que lo hacen desleal según las reglas que la conciencia social impone al tráfico. En otras palabras, más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico⁵⁰⁸.

Pero es que además, otra de las consecuencias típicas de

⁵⁰⁷Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., Vol.I, pág.437, e *Instituciones de Derecho Civil*, op.cit., Vol.I, pág.297.

En contra de esta identificación, vid. DE LA VEGA BENAYAS, C., *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código Civil*, Edit.Civitas, Madrid, 1976, págs.247 y 251.

⁵⁰⁸Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "Prólogo a la obra de WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*", Edit.Civitas, Madrid, 1982, pág.20.

la idea de buena fe es la prohibición de ir contra los actos propios, esto es, la interdicción, en principio⁵⁰⁹, de cualquier pretensión incompatible o contradictoria con la conducta anterior⁵¹⁰.

En cierto sentido esta consecuencia de la buena fe la encontramos en la Ley Orgánica 1/1982 cuando, tanto en la Exposición de Motivos como en su art.2, se acentúa la importancia de los propios actos para la delimitación del ámbito de protección.

Ahora bien, en la medida en que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son derechos fundamentales algún autor se ha pronunciado sobre la oportunidad de aplicar el límite de la buena fe a tales derechos.

MORENO GARCÍA se muestra contrario a su aplicación y ello fundamentalmente debido a dos razones. La primera de ellas de carácter formal, pues alega que el ámbito en el que se

⁵⁰⁹Con la expresión "en principio", queremos destacar que lo que se afirma es sin perjuicio de lo expuesto en relación con los cambios de comportamiento que no sean bruscos, sobre esta idea vid supra Capítulo I "Las conductas generadoras de responsabilidad", II.3.-Los propios actos.

⁵¹⁰Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., Vol.I, pág.438.

En esta misma idea insiste RIVERO HERNÁNDEZ, F. ("Ejercicio de los derechos", en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, op.cit., Tomo I, vol.3º, pág.116) cuando afirma que "algunos sujetos a quienes afecta el ejercicio del derecho ajeno han podido deducir legítimamente, de la conducta del titular, la conclusión de que mantendrá determinado estado de cosas, se abstendrá de tal impugnación o reclamación, etc. Tal conducta constituye para el titular, entonces, *actos propios* y a los que se aplica la regla según la cual <<nadie puede ir válidamente contra sus propios actos>>".

desarrolla esta figura es el Derecho Privado. La segunda apunta a la existencia de argumentos de orden práctico que aconsejan que las libertades no esten sujetas a otras limitaciones que no sean las constitucionalmente establecidas⁵¹¹.

Concretamente, el referido autor señala que "la calificación de la buena fe como límite general a todas las libertades es rechazable, en primer lugar, por inconveniente porque, por su ambiguo carácter, el empleo de ese principio no haría sino introducir un nuevo matiz de inseguridad e incerteza en un ámbito tan necesitado de concreción como es el ejercicio de los derechos fundamentales. La generalidad del enunciado de tales derechos en la norma constitucional es, ya de por sí, un factor de indefinición de su contenido que necesita ser constantemente superado mediante una elaborada construcción dogmática y jurisprudencial, y en nada parece ayudar a dicha superación el recurso a una cláusula general de tan imprecisos y vagos contornos como la buena fe, que no supondría sino acentuar ese factor. Además, la utilización de la figura en este ámbito es también inconveniente porque traslada a la dogmática de las libertades todas las dificultades y riesgos que acompañan siempre el empleo de un concepto jurídico indeterminado"⁵¹².

⁵¹¹Cfr. MORENO GARCÍA, A., "Buena fe y Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", REDC, 1993, n°38, pág.268.

⁵¹²Ibidem, pág.274.

En segundo lugar, entiende que "la calificación de la buena fe como límite es rechazable por innecesaria, porque para evitar un uso abusivo del derecho fundamental es suficiente con los límites directa y expresamente establecidos en la Constitución al regular cada derecho o libertad y con los límites inmanentes derivados de forma mediata de la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos. Ello -sigue diciendo- por no recordar que antes incluso de toda ponderación entre el derecho y su límite, basta muchas veces a resolver el problema planteado la simple determinación del contenido y de la protección dispensada por cada derecho fundamental, ya que esa escueta operación permite diferenciar cuándo se está realmente ante el ejercicio de una libertad, por adecuarse la conducta a su contenido y quedar ampara en él, y cuándo, por el contrario, se está ante el ejercicio de otra cosa distinta, por no ser posible su subsunción"⁵¹³.

A nuestro juicio, los inconvenientes aducidos pueden ser salvados si tenemos en cuenta, por un lado que, los conceptos jurídicos indeterminados tienen una importante función positiva⁵¹⁴. Por otro lado, el hecho de que no siempre sea necesario acudir a la buena fe por la incidencia de otra serie de factores claros no puede llevar a concluir que sea

⁵¹³Ibidem, pág.275.

⁵¹⁴Vid. supra II.4.-Predominio de un interés relevante.

inadecuada tenerla en cuenta. Además, que no se contemple específicamente en la Constitución el límite de la buena fe no significa que éste no sea operativo, pues se trata de un límite genérico, contenido en una norma de Derecho Común, aplicable a todo tipo de derechos. En este sentido, el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones afirma que el ejercicio de un derecho "debe enmarcarse en cualquier supuesto⁵¹⁵, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art.7 del Código Civil expresa con carácter general, al precisar que <<los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe>>"⁵¹⁶.

Pero no sólo la buena fe condiciona la legitimidad del ejercicio de los derechos, sino que también hay que tener presente que nuestro ordenamiento, tras la reforma del Título Preliminar en 1974, recoge expresamente la interdicción del abuso del derecho. En este sentido del art.7.2 CC prescribe que "la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para terceros, dará lugar a

⁵¹⁵El subrayado es nuestro.

⁵¹⁶Cfr. SSTC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ2, BOE nº9, 11 de enero de 1984, y 88/85, de 19 de julio, FJ2, BOE nº194, 14 de agosto.

El hecho de que el Tribunal Constitucional se refiere a "cualquier supuesto" nos parece concluyente, por lo tanto, el que estos pronunciamientos se refieran a una relación laboral no desdice el alcance genérico de la buena fe como límite del ejercicio de los derechos fundamentales.

la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

En este entendimiento, DE CASTRO, afirma que "hay abuso del derecho siempre que el ejercicio del derecho subjetivo o facultad excede de los límites implícitos en las mismas disposiciones que lo regulan (finalidad del derecho, carácter de la institución) o excede de aquellos otros límites que resultan de la aplicación de los principios del Derecho"⁵¹⁷.

De la interpretación jurisprudencia, -que jugó un importante papel en relación a su reconocimiento legislativo-, puede, asimismo, concluirse que los requisitos que tipifican el abuso del derecho son: 1) uso de un derecho objetiva y externamente legal, 2) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3) inmoralidad o antisocialidad del daño, que puede manifestarse tanto de forma objetiva o subjetiva⁵¹⁸.

La teoría del abuso del derecho está construida sobre la base de que no se rebasen los límites externos de su contenido, lo cuales en gran medida vendrán determinados por el contexto

⁵¹⁷DE CASTRO, F., *Temas de Derecho Civil*, op.cit., pág.140.

⁵¹⁸STS de 14 de febrero de 1944 (Ar.293). Asimismo se recoge en las SSTs 22 de abril de 1983 (Ar.2120); de 12 de noviembre de 1988 (Ar.8441); de 2 de noviembre de 1990 (Ar.8455).

histórico y social.

Los límites de la buena fe y de la intedicción del abuso del derecho, no son los únicos límites a los que se sujeta el ejercicio legítimo de un derecho, existen otros que dependerán de la propia naturaleza de los derechos. Un buen ejemplo de lo que acaba de afirmarse lo encontramos en los conflictos derivados de la colisión de las libertades de expresión y de información y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN:

Descendiendo ya a un plano más tangible, creemos importante traer a colación uno de los problemas que, en la actualidad, representan la mayor fuente de litigios: el conflicto entre las libertades de expresión y de información y los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen, y para ello consideramos ineludible proceder, con carácter previo, a la indagación del contenido de dichas libertades y de las condiciones o requisitos que legitiman su ejercicio.

Los apartados a) y d) del art.20.1 CE establecen, respectivamente que: se reconocen y protegen los derechos "a

expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción", y, "a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"⁵¹⁹.

Asimismo, el art.20.4 dispone que "estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

La falta de previsión del legislador en lo que se refiere a las exigencias constitucionales del art.20 de la C.E. a la hora de llevar a cabo la elaboración de la L.O.1/1982, y la propia configuración de tales libertades por el constituyente, nos sitúa ante un importante problema de interpretación para cuya solución consideramos inexcusable recurrir a la doctrina del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución⁵²⁰, tal y como se desprende del art.5.1 de la

⁵¹⁹Casi toda la doctrina acepta que se trata de dos derechos distintos, sin embargo, existen algunas voces que reivindican el reconocimiento de un único derecho, el cual generalmente denominan derecho a la información. En este sentido, vid. DESANTES-GUANter, J.Mª., "De la libertad de expresión al derecho a la información", *Persona y Derecho*, 1991, nº24, págs.26 a 28.

⁵²⁰En este sentido, no puede extrañarnos el que la mayoría de los autores que se han ocupado del estudio de este conflicto, por lo demás de gran actualidad, concentren sus esfuerzos en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así, por ejemplo, vid. CHINCHILLA MARÍN, C., "Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre", *PJ*, 1986, nº3, págs.61 y ss.; JAÉN VALLEJO, M., "La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional", *RFDUG*, 1987, nº12, págs.175 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, M., "Seis años de Tribunal

LOPJ al establecer que "la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y

Constitucional", *RJCM*, 1988, n°3-4, pág.33; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", op.cit., págs.141-144; LÓPEZ GUERRA, L., "La libertad de información y el derecho al honor", *PJ*, 1989, n°6 (especial), págs.287 y ss.; DE VEGA RUIZ, J.A., "Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites a la libertad de expresión", *PJ*, n°13, (especial), págs.13 y ss.; AGUILAR FERNÁNDEZ, A., *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidad y límites constitucionales)*, Edit.Comares, Granada, 1990, págs.98-116.; RODRÍGUEZ GARCÍA, C-J., "Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, derecho a la información y derecho al honor, a la intimidad personal y familiar conectadas con las informaciones periodísticas y la insinuación de una necesaria hermeneusis concorde con el sistema axiológico español", *RFDUC*, Curso 1990-1991, n°78, págs.282 y ss. y en *Contingencias varias de Jurisprudencia y Honor*, Edit.Dykinson, Madrid, 1994, págs.119-143; ALVAREZ CONDE, E., "Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa", *REP*, 1991, n°34, págs.18-27; PUYOL MONTERO, J., y GENEROSO HERMOSO, M.F., *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Edit.Edigener, Madrid, 1991, págs.347 y ss., 575 y ss., 741 y ss., 851 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad", *ADPCP*, 1991, Tomo XLIV, págs.341 y ss.; CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edit.Edersa, Madrid, 1991, págs.164-168, 174-184; ROGEL VIDE, C., "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión y de información en la jurisprudencia del Tribunal Supremos y en la del Tribunal Constitucional", op.cit., págs.86 y ss.; DE ANTONIO GONZÁLEZ, J., "La interpretación del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", *RFDUC*, Curso 91-92, n°80, págs.9 y ss.; DELGADO PIQUERAS, F., "De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal de los famosos y la libertad de información (La STC 197/1991, de 17 de octubre)", *REDC*, 1992, n°36, págs.269 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La degradación del derecho al honor, (honor y libertad de información)*, Edit.Civitas, Madrid, 1993, págs.46 y ss.; ALAMILLO DOMINGO, F.M., "Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e información", *LL*, 1994, Tomo 3, págs.960 y ss.; BUSTOS GISBERT, R., "El concepto de libertad de información a partir de su distinción con la libertad de expresión", *REP*, 1994, n°85, págs.264 y ss.; GARCÍA GARCÍA, C., *GARCÍA GÓMEZ, A., Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, (Premio San Raimundo de Peñafort del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia), Edit.Cámara Oficial de Comercio y Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1994, págs.53-77; LAZCANO BROTONS, I., "Reproducción de informaciones y diligencia profesional. (La reciente jurisprudencia constitucional sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor)", *RVAD*, 1994, n°38, págs.375 y ss.; MONTON GARCÍA, M.L., "Derecho al honor, a la intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y de expresión", *LL*, 1994, págs.877 y ss.; SÁNCHEZ FERRIZ, R., "Un año de jurisprudencia constitucional. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?", *RGD*, n°596, mayo 1994, págs.5033 y ss. y "El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", Cuaderno "Lucas Mallada", n°1, 1995, págs.59 y ss.; SARMIENTO ACOSTA, M.J., "El derecho al honor del particular y la libertad de expresión", *PJ*, n°36, 2ª Epoca, 1994, págs.377 y ss.; RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y Principios constitucionales*, Edit.Ariel, Barcelona, 1995, págs.208-214; ESPÍN ALBA, I., "Comentario a la STS (Sala 1ª) de 26 de julio de 1995", *R.D.Priv.*, septiembre 1996, págs.688-689.

Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Por consiguiente, entendemos que la mejor manera de poder determinar el ejercicio legítimo de las libertades de expresión y de información y su articulación respecto de otros derechos fundamentales, en este caso el honor, la intimidad y la propia imagen, es mediante el análisis de los distintos pronunciamientos vertidos por el Tribunal Constitucional con ocasión de la resolución de los concretos conflictos que se le han ido planteando⁵²¹.

El tenor literal del art.20 no ofrece dudas acerca del reconocimiento de tales libertades y, en este sentido, parece evidente que se trata de dos derechos distintos con un contenido también diferente, sin perjuicio de ser ambos

⁵²¹ Simplemente como dato, señalar que la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a las libertades de expresión y de información se refieren precisamente a la colisión de las mismas con los derechos al honor y a la intimidad, y sólo en escasas ocasiones los conflictos se refieren al establecimiento de la televisión por cable, son los casos recogidos en las SSTC 12/1982, de 31 de marzo, BOE n°95,, de 21 de abril; 206/1990, de 17 de diciembre, BOE n°9, de 10 de enero 1991; 119/1991, de 3 de junio, BOE n°162, de 8 de julio; 189/1991, de 3 de octubre, BOE n°265, de 5 de noviembre; 31/1994, de 31 de enero, BOE n°52, de 2 de marzo y 47/1996, de 25 de marzo, BOE n°102, de 27 de abril.

derechos no absolutos ni ilimitados⁵²². Sin embargo, casi nada se precisa en torno a cuál ha de ser la configuración concreta de las mismas ni el alcance de los límites expresamente previstos en el apartado 4º del artículo en cuestión..

Lo expuesto hasta el momento, confirma la necesidad de delimitar el ámbito de cada una de estas libertades para saber si estamos ante el ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad de información⁵²³.

⁵²²Si bien en este contexto centramos nuestra atención en los límites expresamente previstos en el art.20.4, ello no implica la ignorancia de otra serie de límites de cuyo análisis exhaustivo prescindimos por exceder del cometido que nos hemos propuesto. Simplemente, señalar a este respecto que tales límites pueden ser consecuencia las relaciones profesionales a las que se encuentra sometido el ciudadano en la esfera de su actividad privada. Es el caso, por ejemplo, del hecho de estar sometido a un determinado estatuto profesional como el de la abogacía y así se declara en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la STC 286/1993, de 4 de octubre, BOE nº268, de 9 de noviembre. De todas formas, no siempre es lícita la limitación de tales libertades como consecuencia de relaciones contractuales, es el supuesto del recurso de amparo interpuesto por el futbolista condenado por las manifestaciones hechas acerca del cumplimiento de las obligaciones contraídas con el por el Club de Fútbol al que pertenecía, en este caso el Tribunal Constitucional admitió el recurso declarando nulas las Sentencias que imponían la sanción, vid al respecto la STC 6/1995, de 10 de enero, BOE nº36, de 11 de febrero.

Asimismo, es el caso de la limitación de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas contemplado en la STC 288/1994, de 27 de octubre, FJ2, BOE nº285, 29 de noviembre (aunque en este caso se trataba de la limitación de la libertad de expresión no en el ámbito castrense sino en el ejercicio de otro derecho constitucional, el de defensa).

El pronunciamiento más reciente del Tribunal Constitucional sobre los límites de la libertad de expresión derivados de una relación contractual es la STC 186/1996, de 25 de noviembre, FJ3, BOE nº3, 3 de enero de 1997.

Sobre los límites en el seno de un contrato de trabajo, vid. ROJAS RIVERO, G.P., "El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencia al ámbito laboral", *Poder Judicial*, nº13, (especial), 1990, págs.51 a 62 y *Libertad de expresión del trabajador*, Edit.Trotta, Valladolid, 1991, págs.50 y ss.

⁵²³Sobre los límites, es interesante el análisis llevado a cabo por algunos penalistas. En este sentido, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio de la libre expresión", en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Edit.Edersa, Madrid, 1985, págs.206 y ss; REBOLLO VARGAS, R., *Aproximación a la jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales*, Edit.PPU, Barcelona, 1992, págs.75-77.

En este sentido, y tras un incipiente apunte en la STC 165/1987⁵²⁴ que diferencia entre hechos y opiniones, la STC 6/1988⁵²⁵ en su fundamento jurídico 5º afirma que el propio Tribunal ha tratado de deslindar las fronteras entre la libertad de información y la libertad de expresión poniendo el acento, respecto de la primera, en la narración de los hechos y respecto de la segunda en los elementos valorativos para la formación de una opinión, al mismo tiempo que reconoce que la comunicación de hechos y noticias no se da siempre en estado químicamente puro⁵²⁶.

Con tales antecedentes, se ha consolidado actualmente la doctrina constitucional que establece la diferente amplitud de los derechos reconocidos en el artículo 20, según se trate de la libertad de información, -caracterizada por la manifestación de hechos y datos objetivos- o, de la libertad de expresión, -

⁵²⁴De 27 de octubre, BOE nº279, de 21 de noviembre, cuyo fundamento jurídico 10º señala al respecto que "la libertad de información debe enjuiciarse sobre la base de distinguir radicalmente, a pesar de la dificultad que comporta, entre información de hechos y valoración de conductas personales".

⁵²⁵De 21 de enero, BOE nº31, de 5 de febrero.

⁵²⁶En el mismo sentido se han pronunciado entre otras las SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, BOE nº287, 30 noviembre, fundamento jurídico 8º y 172/1990, de 12 de noviembre, BOE nº287, de 30 de noviembre fundamento jurídico 3º (ambas sentencias relativas al caso Patiño).

La necesidad de distinguir entre hechos y opiniones ha cobrado carta de naturaleza tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de los países de nuestro entorno. En este sentido, vid. RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Edit.LGDJ, París, 1990, págs.215-216, y 256-261; GRISOLIA, G., *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell'onore e della riservatezza*, Edit.Cedam, Milano, 1994, págs.69-73.

que se refiere a la emisión de juicios y opiniones-⁵²⁷.

Con relación a esta última, la libertad de expresión, debemos señalar que por tratarse de la formación de opiniones y creencias personales sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, "dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente⁵²⁸ injuriosas e innecesarias para la exposición

⁵²⁷A nuestro juicio, nos parece correcta la distinción entre hechos y opiniones. Tal distinción, como ha manifestado SALVADOR CODERCH, P. y otros (*¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, op.cit., págs.31 a 33, y en "El concepto de difamación en sentido estricto", y en el *Mercado de las Ideas*, op.cit., pág.165) "es fundamental en una sociedad de hombres libres que piensan de distintas y enfrentadas maneras", puesto que "sin distinguir entre hechos y opiniones no cabe construir una sociedad abierta, es decir, una que esté basada en la información veraz y en el debate libre".

No obstante, existen autores abiertamente en contra de esta construcción jurisprudencial. Así por ejemplo BALAGUER CALLEJÓN, M^aL. (*El derecho fundamental la honor*, op.cit., págs.187-188) afirma al respecto que "Como tal técnica jurídica es perfecta, si no fuera porque descansa en un sofisma insuperable, cual es la distinción entre hechos y juicios de valor, ya que no hay ningún criterio válido para la diferenciación entre una información y una opinión, pese a los titánicos esfuerzos de la jurisprudencia en sentido contrario. Y ello porque toda opinión lleva, de forma más o menos explícita, un contenido valorativo de opinión, sin el cual la información ni siquiera se justifica como tal actividad social. La información expresa la opinión del informante, del medio, desde la captación de la noticia hasta su emisión, pasando por el nada despreciable paso de decidir si esa noticia se publica o no. Por tanto, se trata de categorías irreales, artificiales, en donde se quieren deslindar aspectos de la realidad social que son indisociables. La información más aséptica conlleva unos sesgos de subjetivismo en la información que la invalidan como tales hechos. Ambas cuestiones -a su juicio- no admiten más que una diferente graduación".

La misma idea se desprende de lo afirmado, entre otros, por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. (*Libertad de expresión*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1992, págs.124-126), quien hace una dura crítica al modus operandi del Tribunal Constitucional, sobre todo en relación a la distinción entre hechos y opiniones. Y por BUSTOS GISBERT, R., "El concepto de libertad de información a partir de su distinción con la libertad de expresión", *REP*, 1994, n^o85, págs.266-270.

⁵²⁸El adverbio indudablemente es objeto de especial significación en el texto, puesto que, como afirma BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. ("Comentario a la STS de 7 de marzo de 1988", *CCJC*, enero-marzo, 1988, n^o16, pág.196) no hay más remedio que admitir que el honor y la intimidad no están protegidos necesariamente contra el mal gusto en que puedan incurrir los medios de comunicación.

de la mismas"⁵²⁹.

Además, este campo de acción se amplía en el supuesto de que la misma afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizado por el art.16 CE⁵³⁰, como así se pone de manifiesto en la STC 20/1990 relativa al recurso de amparo interpuesto por un periodista contra la Sentencia que le condenaba por la publicación de un artículo titulado "Junio de los Mundiales y agosto de las multinacionales" en el que, además de criticar la organización y finalidad del campeonato de fútbol, se hacía referencia a los orígenes fascistas de la monarquía española⁵³¹.

⁵²⁹Cfr. Fundamento jurídico 6º de la STC 214/1991, de 11 de noviembre, BOE nº301, de 17 de diciembre, (declara la nulidad de la STS de 5 diciembre de 1989). Asimismo dicha argumentación se repite en las SSTC 123/1993, 19 de abril, FJ3, BOE nº124, de 25 mayo; 136/1994, de 9 de mayo, FJ1 BOE nº140, de 13 de junio; 176/1995, de 11 de diciembre, FJ2, BOE nº11, 12 enero 1996.

⁵³⁰Cfr. Fundamento jurídico 5 de la STC 20/1990, de 15 de febrero, BOE nº52, de 2 de marzo. Igualmente se han pronunciado en este sentido las SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ5, 105/1990, de 6 de junio, FJ4a, BOE nº160, de 5 de julio; 190/1992, de 16 de noviembre, FJ5, BOE nº303, de 18 de diciembre y 336/1993, de 15 de noviembre, FJ6A, BOE nº295, de 10 de diciembre.

Asimismo, existen, como se ha puesto de relieve recientemente, más supuestos en los que esta libertad de expresión resulta ampliada, es el caso por ejemplo de la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de una actividad de defensa, vgr.STC 157/1996, de 15 de octubre, FJ5, BOE nº267, 5 de noviembre.

⁵³¹En el artículo periodístico originador del conflicto, tal y como se desprende de los antecedentes de la Sentencias se afirmaba entre otros extremos que: <<Este mundial va a servir para hacer aun más propaganda del Rey Español como la democracia en persona. Por supuesto ocultará que la Monarquía fue restaurada por Franco. Se ocultará también la foto de Juan Carlos presidiendo el mitín fascista en la democracia europea. Dicen que la memoria no es política. Por lo visto tampoco es político que haya quien esté en la cárcel (...) por disenter del Rey. A lo mejor resulta que "Euskogadariak" es un himno fascista. En cualquier caso los presos políticos, el pasado fascista del Rey, las bases y composición de la monarquía, el ruido de sables, y lo que haga falta se esconderán bajo la alfombra. España es unidad... ¡perdón!, es una democracia ejemplar, donde el pueblo está unido en torno a un Rey demócrata de toda la vida>>.

En el presente caso, el Tribunal Constitucional otorgó el amparo y, en el fundamento jurídico 5, razonó de la siguiente forma: "La libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político que como valor esencial de nuestro ordenamiento jurídico propugna la Constitución, exige la máxima amplitud en el ejercicio de aquélla y, naturalmente, no sólo en lo coincidente con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico, sino también en lo que resulte contrapuesto a los valores y bienes que en ellos se consagran, excluída siempre la violencia para imponer los propios criterios, pero permitiendo siempre la libre exposición de los mismos en los términos que impone una democracia avanzada. De ahí la indispensable interpretación restrictiva de las limitaciones de la libertad ideológica y del derecho a expresarla, sin la cual carecería aquélla de toda efectividad".

La tesis sostenida en esta ocasión por el Tribunal Constitucional nos parece irrefutable puesto que, sin la garantía de un instrumento que sirva para exteriorización, el reconocimiento de la libertad de expresión quedaría reducido a mera retórica, sin perjuicio, claro está, de la interdicción de una interpretación de tales dimensiones que acabe protegiendo el derecho al insulto⁵³².

⁵³²Expresamente manifiestan que la amplitud de la libertad de expresión no puede entenderse como reconocimiento del derecho al insulto las SSTC 85/1992, FJ 4; 170/1994, de 7 de junio, FJ4, BOE n°163, de 9 de julio; 42/1995, de 13 de febrero, FJ2, BOE n°66, 18 de marzo; 78/1995, de 22 de mayo, FJ2.

Por su parte la STC 214/1991, de 11 de noviembre, en su FJ8° afirma que ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión comprenden el derecho

No obstante las diferencias expuestas, cierto es que, en la práctica, no es fácil deslindar claramente qué clase de libertad está siendo ejercitada ya que con frecuencia ambas aparecen entremezcladas.

No es de extrañar, por lo tanto, que de la asiduidad de este fenómeno haya tenido constancia el Tribunal Constitucional y, consiguientemente, se haya pronunciado sobre el mismo señalando que "en la práctica es frecuente y normal que en la información se incluyan elementos valorativos los cuales no llegan a desnaturalizar el derecho a la información siempre que el elemento preponderante de lo comunicado sea la información". Y, a este respecto, puntualiza que "la valoración de los hechos constituye también un elemento fundamental del derecho a la información en el que se incluye la actitud crítica, incluso enérgica o áspera, siempre que los términos en que se exteriorice no sean desmesurados o desproporcionados con la finalidad de oposición o repulsa que la misma pretende, no siendo, por ello, exigible que las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, que no se limiten al simple comunicado de noticias, sean neutrales o estrictamente objetivas, ya que lo contrario equivaldría a limitar el principio de pluralismo más allá de lo que consiente su condición de valor esencial de la sociedad democrática, dejando

a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenóforo pues no se trata de derechos ilimitados y ello sería contrario no sólo al honor sino también a otros bienes constitucionales como la dignidad humana (art.10 CE) y ha de respetarse no sólo por los ciudadanos sino también por lo poderes públicos.

reducida la libertad de información a inocua transmisión mecánica de hechos noticiables"⁵³³.

Vemos, por lo tanto, que en la difícil tarea de determinar cuál es la libertad que se está ejercitando, el criterio a seguir es el elemento definidor preponderante; preponderancia que, en sí misma, no impide, mientras se conserve, la afluencia de elementos valorativos.

Pero la identificación del tipo de libertad no es en sí suficiente para alcanzar el fin que nos hemos propuesto, esto es, saber cuándo el ejercicio de la libertad de expresión o de información puede justificar la lesión del honor, de la intimidad o de la propia imagen de las personas, haciéndose preciso entonces determinar qué circunstancias o requisitos deben concurrir para poder afirmar con certeza que estamos ante un ejercicio legítimo de la misma y, nuevamente, es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la que aporta las pautas para proceder a dicha determinación.

En este sentido, es doctrina constitucional consolidada

⁵³³Cfr. EJ 3, STC 172/1990, de 12 de noviembre.

Asimismo, atienden al elemento preponderante las SSTC 223/1992, de 14 de diciembre, FJ1, BOE n°16, de 19 de enero de 1993, (declara la nulidad de la STS de 2 de marzo de 1989); 123/1993, FJ3; 136/1994, FJ1; 78/1995, de 22 de mayo, FJ3, BOE n°147, de 21 de junio.

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal, siguiendo a la del Tribunal Constitucional, reitera la necesidad de distinguir entre hechos y opiniones como criterio para distinguir el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de información, así se pone de manifiesto en las SSTS 25 de junio 1990, FJ1, (Ar.4890); de 22 de enero de 1992, FJ3, (Ar.199); de 2 de marzo de 1993, FJ1, (Ar.1662); de 27 de mayo 1993, FJ3, (Ar.4076).

la que exige dos requisitos *sine qua non* para medir la legitimidad o constitucionalidad del ejercicio de tales libertades⁵³⁴, por un lado, el interés general de lo que se transmite y, por otro lado, su veracidad⁵³⁵.

Así pues, la información ha de tener relevancia pública, al menos, en el seno de la comunidad en la que se inserta o difunde la noticia⁵³⁶. Pero, a su vez, ¿cómo se puede advertir la presencia del carácter relevante?.

El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia no es del todo seguro ya que en él inciden innumerables circunstancias, algunas de las cuales han sido expresamente mencionadas por el Tribunal Constitucional. Así, ha podido constatar que este criterio varía en función de la condición pública o privada del sujeto implicado en el hecho mismo objeto de información, o del grado de proyección que éste haya dado de manera regular a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen

⁵³⁴En principio, ambos requisitos han de concurrir simultáneamente. Así, por ejemplo la STC 22/1995, de 30 de enero, FJ2, 3 y 4, BOE n°50, de 28 de febrero, consideró ilegítimo el ejercicio de la libertad de información por faltar el requisito de la veracidad, estando fuera de toda duda, por lo demás, el interés general de lo que se publicaba.

⁵³⁵Sobre esta exigencia, vid. las SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ5; 172/1990, de 12 de noviembre, FJ2; 143/1991, de 1 de julio, FJ2, BOE n°174, de 22 de julio; 197/1991, de 17 de octubre, FJ4, BOE n°274, de 15 de noviembre; 85/1992, FJ4; 219/1992, de 3 de diciembre, FJ2, BOE n°303, 23 de diciembre; 19/1996, de 12 de febrero, FJ3, BOE n°67, de 18 de marzo; ATC 27/1992, de 27 de enero.

⁵³⁶Cfr. Fundamento jurídico 5 de la STC 227/1992, de 14 de diciembre, BOE n°16, 19 de enero 1993, (declara la nulidad de la STS 19 de junio de 1989).

notoriedad aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o relaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan de interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales, por consiguiente, hay que reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia a hechos o conductas que la tendrían de ser referido a personajes públicos⁵³⁷.

En definitiva, la trascendencia pública del hecho es el elemento que lo convierte en noticia de interés general⁵³⁸, ahora bien, ni toda información que se refiere a personas con notoriedad pública goza de especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de la trascendencia de los hechos que se transmiten; ni toda información referida a persona privada está vetada ya que su participación, voluntaria o involuntaria, en un hecho

⁵³⁷Cfr. SSTC 171/1990, FJ5; 172/1990, FJ2; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ3, BOE nº310, 28 de diciembre; 28/1996, de 26 de febrero, FJ3, BOE nº80, 2 de abril.

⁵³⁸Cfr. STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ3.

trascendente puede producir un efecto legitimador.

Además, en principio, no basta con el interés general de la materia sobre la que recaen dichas libertades sino que es necesaria la concurrencia de otro requisito, el de la veracidad. No obstante, debemos apresurarnos a puntualizar que éste no opera con relación a la libertad de expresión debido a la propia naturaleza de su contenido y así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional. Precisamente, el fundamento jurídico 8 de la STC 171/1990, nos advierte que la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuridicidad de las intromisiones ilegítimas en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según se trate de hechos u opiniones.

En tal sentido, la veracidad despliega sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones puesto que éstas, junto con las creencias personales o juicios de valor, por su naturaleza abstracta no son susceptibles de verificación o de demostración de su exactitud. Todo lo cual determina que el ámbito de protección relativo a los elementos valorativos venga delimitado por la ausencia de expresiones injuriosas que resulten innecesarias para el juicio crítico, careciendo de sentido alguno introducir

en tales supuestos el elemento de la veracidad⁵³⁹.

Por el contrario, cuando se trate de comunicación informativa de hechos el límite interno de la veracidad adquiere su máximo sentido, aunque ello no significa que quede exenta de protección la información que no sea absolutamente exacta, pudiéndose incurrir en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado⁵⁴⁰, puesto que, en puridad, este requisito ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional no como sinónimo de exactitud, sino como un deber de diligencia del informador en la comprobación razonable de la veracidad⁵⁴¹, el cual, más allá de su genérica

⁵³⁹En el mismo sentido se pronuncian las SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ2, BOE nº152, de 25 de junio; 172/1990, FJ3; 214/1991, de 16 de diciembre, FJ6a; 223/1992, FJ2.

⁵⁴⁰Y así lo ha manifestado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones vgr. 320/1994, de 28 de noviembre, BOE nº310, de 28 diciembre, que cita entre otras las SSTC 6/1988, 107/1988, 105/1990, 171/1990, etc.).

Esta interpretación del requisito de la veracidad es una muestra de la influencia del desarrollo jurisprudencial de estas libertades en los Estados Unidos, concretamente es la tesis vigente desde la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 1964 en el caso *New York Times v. Sullivan*. Sobre los antecedentes de hecho y el fallo de la misma, vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Edit. Ariel, Barcelona, 1988, págs.99-106.

Asimismo, se hacen eco de la impronta de dicho fallo otros autores extranjeros, entre ellos, vgr. MARSHALL, G., "Press freedom and free speech theory", *PLR*, Spring, 1992, págs.52-54 y BARENDT, E., "Libel and Freedom of speech in English Law", *PLR*, Autumn, 1993, págs.450 y ss.

⁵⁴¹El deber de diligencia es unánimemente admitido y así lo recogen entre otras las SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ5, BOE nº159, 5 de julio, (declara la nulidad de la STS de 27 de febrero de 1990); 41/1994, de 15 de febrero, FJ5, BOE nº65, 17 de marzo, (declara la nulidad de la STS de 30 de octubre de 1992); 320/1994, de 28 de noviembre, FJ3; 132/1995, de 11 de septiembre, FJ4, BOE nº246, 14 de octubre; 6/1996, de 16 de enero, FJ 4 y 5, BOE nº17, 19 de febrero; 28/1996, FJ3. Y el ATC 5/1992, de 13 de enero, FJ2; 190/1996, de 25 de noviembre, FJ3 y 4, BOE nº3, 3 de enero de 1997.

Asimismo, la exigencia del deber de diligencia es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como lo demuestran las SSTS de 28 de marzo de 1991, FJ3, (Ar.2277); de 11 de diciembre de 1989, FJ3, (Ar.8817) (no obstante esta Sentencia ha sido declarada nula por la STC); de 11 de octubre de 1990, FJ2, (Ar.7855); de 4 de julio de 1991, FJ2, (Ar.5324); de 10 de marzo

formulación, exige matizaciones casuísticas como lo evidencia la STC 240/1992⁵⁴² cuyo fundamento jurídico 7 dispone, por lo que aquí interesa, que cuando la noticia que se divulgue pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere, esa obligación de comprobar la veracidad del contenido de la información adquiere, en principio, su máxima intensidad, aunque pueden existir circunstancias que modulen dicha obligación y alude, entre otras, al carácter noticioso del hecho, la fuente que lo proporciona, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc⁵⁴³.

de 1992, FJ3, (Ar.2013); 22 de abril de 1992, FJ2, (Ar.3317); de 4 de junio de 1992, FJ2, (Ar.4996); de 5 de marzo 1993, FJ2, (Ar.2003); de 27 de marzo de 1993, FJ3, (Ar.2401); de 28 de abril de 1993, FJ2, (Ar.2950); de 20 de diciembre 1993, FJ9, (Ar.9918); de 31 de enero 1994, FJ2, (Ar.640); de 17 de febrero 1994, FJ2, (Ar.1622); de 19 de septiembre 1994, FJ2, (Ar.6776); de 25 de marzo de 1995, FJ3, (Ar.2138); de 31 de julio 1995, FJ2, (Ar.6635).

⁵⁴²De 21 de diciembre, BOE n°17, 20 enero 1993, (declara la nulidad de la STS 11 de diciembre de 1989).

Esta Sentencia admite el recurso de amparo y declara nula la STS de 11 de diciembre de 1989. Los hechos originadoras de este conflicto se refieren a la publicación en el Diario El País el 17 de agosto de 1984 de un artículo publicado bajo el título "Un cura de Cangas de Morrazo inicia su cruzada contra los desnudistas gallegos". Posteriormente, el 24 de agosto se publica en ese mismo periódico otro artículo titulado "Las lluvias aplacan la violenta polémica entre vecinos y desnudistas de Cangas" en la que el cura al que se refería la primera noticia niega cualquier participación en el conflicto de los bañistas, poniendo en evidencia que se había tratado de un error, no obstante el error resultó ser involuntario ya que se dió cumplida cuenta del requisito de comprobación razonable de la veracidad.

⁵⁴³Precisamente, en el caso de esta Sentencia el carácter noticioso del hecho y las posibilidades de contrastarlo jugaron un papel importante puesto que el artículo publicado había sido elaborado a partir de un conjunto de materiales periodísticos de distinta procedencia y el contenido de la información relativo al conflicto y enfrentamiento entre vecinos y campistas, así como la intervención en los mismos del sacerdote había sido obtenido de la noticia emitida en un programa de los servicios informativos del Centro Regional de Televisión Española y, tal y como se aduce en la demanda, el periodista antes de proceder a la publicación había confirmado la noticia por el responsable del citado Centro.

Por consiguientemente, puede afirmarse que se niega la garantía constitucional a "quienes actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, transmitiendo de manera irresponsable como hechos simples rumores carentes de toda contrastación o meras opiniones gratuitas que, realmente, son insinuaciones insidiosas"⁵⁴⁴.

Asimismo, y desde una óptica diversa, debemos poner de manifiesto que la virtualidad del límite de la veracidad depende también del propio derecho que entre en conflicto con la libertad de información⁵⁴⁵, debido a que su operatividad es distinta según afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad⁵⁴⁶.

A este respecto, es constante la jurisprudencia constitucional que niega la virtualidad de la *exceptio veritatis* con relación al derecho a la intimidad y sostiene que

⁵⁴⁴Así lo ha señalado literalmente, por ejemplo, el fundamento jurídico 4 de la STC 123/1993, de 19 de abril, dictada como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por el periodista Juan Emilio Ballesteros Macías contra la Sentencia que lo había condenado por un delito de injurias graves a raíz de la publicación de un artículo relativo a la muerte del abogado Antonio Tellado Pozo. No obstante, los términos en que es desarrollado el deber de diligencia del informador para algunos autores no es garantía suficiente, pues consideran que se trata de la exigencia de una diligencia nimia.

En este sentido, vid. GONZALEZ PÉREZ, J., *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Edit. Civitas, Madrid, 1993, págs. 53 y ss.

⁵⁴⁵Nos referimos específicamente a la libertad de información porque a la libertad de expresión, como se menciona en el texto, no le es aplicable este límite o requisito.

⁵⁴⁶Sobre el derecho a la propia imagen no se pronuncia expresamente el Tribunal Constitucional, pero dada su naturaleza consideramos que deberá correr la misma suerte que el derecho a la intimidad.

el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en tal derecho no es el de la veracidad sino, exclusivamente, el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, ha de resultar necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa⁵⁴⁷.

Llegados a este punto, una vez concretados los criterios que nos permiten determinar la legitimidad o ilegitimidad del ejercicio de las libertades de expresión y de información en los supuestos de conflicto con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, procede preguntarse: ¿Cómo saber qué derecho ha de sacrificarse? o, lo que es lo mismo ¿cuál es la operatividad de los límites expresos a dichas libertades contenidos en el art.20.4 CE?.

En un principio, y dado que nos encontramos con que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son un límite expreso específicamente previsto por el constituyente,

⁵⁴⁷Cfr. STC 172/1990, FJ3 *in fine*.

En el mismo sentido, la STC 197/1991, en su fundamento jurídico 3, establece que: "En cuanto el derecho afectado es el derecho a la intimidad, la excepción de la veracidad no resulta aquí legitimadora, pues se responde de la revelación indebida de hechos relativos a la vida privada o íntima, aunque fuesen veraces. El elemento decisivo aquí es la relevancia pública del hecho divulgado, que su <<revelación>> resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa, o si se quiere, del interés legítimo para su reconocimiento".

A esta argumentación el fundamento jurídico 2º de la STC 20/1992, de 14 de febrero, BOE nº66, 17 de marzo, añade lo siguiente: "ya que tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto en todo caso de la lesión" y, sigue diciendo que con relación a la intimidad "es preciso reiterar que la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena".

podría concluirse que tales derechos deberían prevalecer en caso de conflicto y, en efecto, esta es la solución arbitrada en un primer momento⁵⁴⁸.

Sin embargo, la evolución jurisprudencial de esta materia ha puesto de manifiesto lo errado de dicho parecer invirtiendo el orden de prevalencia, y ello, no sólo porque en principio

⁵⁴⁸Esto ocurre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo acaba admitiendo el carácter prevalente de las libertades de expresión y de información, con retraso respecto del propio Tribunal Constitucional, en un principio, hasta el año 1990 existen todavía algunos pronunciamientos fuertemente influenciados por el tenor literal del art.20.4 que, como se recordará, expresamente menciona a los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen como límites de dichas libertades, vgr.STS de 22 de octubre de 1987, FJ1, (Ar.7309), es más el fundamento jurídico 2b) de la STS de 20 de febrero de 1989, (Ar. 1213) establece que "la protección del honor llega a tal extremo que se impide al que lo ataca probar la verdad de sus imputaciones, es decir no puede oponer la denominada exceptio veritatis", afirmación que ya se había producido en la STS de 11 de octubre de 1988 (Ar.7408).

Incluso, la STS de 4 de abril de 1989, (Ar.2991) en su fundamento jurídico 4 afirma literalmente que: "La posible y ciertamente frecuente, colisión entre el derecho a expresar opiniones, reconocido en el art.20.1.a) de la Constitución y el derecho al honor que garantiza el art.18.1 han creado a través del tiempo de vigencia de estos preceptos constitucionales una jurisprudencia ciertamente aleccionadora y constructiva permitiendo su detenido estudio y ponderada reflexión una conclusión en el sentido de que no puede sostenerse que aquel derecho de opinión esté concebido constitucionalmente como una libertad absoluta que no encuentre límites en otros derechos constitucionales y, muy especialmente, en el ámbito del derecho al honor, hasta el punto de haberse llegado a la consecuencia de primar el derecho al honor".

En el mismo sentido, la STS de 16 de marzo de 1990 (Ar.1699) en su fundamento jurídico 3 reitera que "conforme a la doctrina jurisprudencial y al propio texto constitucional, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ofrecen entidad suficiente para constituir un verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión. En consecuencia, no pueden primar los derechos de información y expresión sobre los del honor". Finalmente, la STS de 18 de abril de 1990 (Ar.2729) en fundamento jurídico único declara que: "Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de esta Sala, han tratado de señalar los límites, siempre relativos, entre los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y al de comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión; pero siempre y en todo caso, la colisión de unos y otros se ha resuelto en favor de los primeros conforme a los postulados del art.20.4° C.E."

Como puede advertirse, tales afirmaciones pugnan abiertamente con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios para resolver este tipo de conflictos, sin perjuicio de que la solución arbitrada en cada caso concreto hubiera sido al final la misma.

Por lo que se refiere a las Sentencias que acabamos de mencionar, es preciso poner de relieve que la STS de 20 de febrero de 1989 ha sido declarada nula por la STC 197/1991, de 17 de octubre.

es difícil hacer una aseveración tan tajante y segura al respecto pues se trata, en cualquier caso, de derechos cuyos imprecisos contornos impiden una determinación apriorística de la solución que se adopte, sino también por el propio valor que, en el seno de nuestro ordenamiento, han adquirido las libertades de expresión y de información.

En el camino trazado para dilucidar las pautas que han de presidir la solución a tales conflictos es preciso traer a colación la STC 6/1981, según la cual se considera a las libertades del art.20 no sólo como derechos fundamentales sino también como una garantía institucional básica que, como tal, merece una consideración particular. Más concretamente, del fundamento jurídico 3 de la mencionada Sentencia se infiere que el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una opinión pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huera las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art.1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política⁵⁴⁹.

⁵⁴⁹Cfr. Fundamento jurídico 3 de la STC 6/1981, de 16 de marzo, BOE nº89, 14 de abril.

Esta sentencia tiene como origen el recurso de amparo interpuesto por un grupo de periodistas profesionales contra la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 25 septiembre de 1980 y contra el acuerdo del organismo autónomo <<Medios de Comunicación Social del Estado>> por el que se suspendió la publicación de los Diarios <<La Voz de España>> y <<Unidad>>, ambos de San Sebastián, por entender los recurrentes que tal medida era atentatoria de su derecho de libertad de expresión. En este caso el TC declaró no haber lugar

Posteriormente, la STC 104/1986⁵⁵⁰, si bien todavía no se manifiesta claramente sobre la prevalencia en abstracto de tales libertades sobre los derechos reconocidos en el art.18 CE, nos pone sobre la pista de lo que será el constante *modus operandi* de los Tribunales, esto es, la necesidad de llevar a cabo una ponderación, teniendo como punto de referencia cardinal la dimensión de garantía institucional básica de dichas libertades, a las que concede una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales.

En esta ocasión el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 5 de la mencionada Sentencia, interpreta la interrelación entre ambos preceptos constitucionales, -el 18.1 y el 20-, declarando que "el derecho al honor no es sólo un límite a la libertades del artículo 20.1 a) y d) aquí en juego, citado como tal de modo expreso en el párrafo 4º del mismo artículo de la Constitución, sino que según el artículo 18.1 de la Constitución es en sí mismo un derecho fundamental. Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [art.20.1 a)] y o del de la libertad de comunicar

al recurso, no obstante es preciso dejar constancia de la existencia de un voto particular, lo que a nuestro juicio pone de relieve lo delicado de la solución.

⁵⁵⁰Los hechos tal y como se desprende de los antecedentes de la Sentencia son los siguientes: Don Antonio Hernández García periodista de profesión, condenado penalmente por una falta de injurias graves cometida por la publicación de un artículo periodístico en el que critica al Alcalde de Soria, recurre en amparo contra la Sentencia que le condena alegando entre otros extremos que dicha decisión judiciales vulnera su derecho a la libertad de expresión.

información por cualquier medio de difusión [art.20.1.d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del honor vaya a prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco que siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras.

Es cierto, -sigue razonando el Tribunal-, que el derecho al honor es considerado en el art.20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art.5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso a las libertades del art.20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podía interpretarse como argumento a favor de aquél. Pero también lo es que, las libertades del art.20, como ha dicho este Tribunal, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental. Esta dimensión, de garantía institucional pública fundamental, la opinión pública libre, no se da en el derecho al honor"⁵⁵¹.

Esta preferencia apuntada de forma tímida, se afirma

⁵⁵¹Esta argumentación es repetida literalmente en el fundamento jurídico 6 de la STC 159/1986, de 16 de diciembre, BOE n°313, de 31 de diciembre.

expresamente en la STC 165/1987⁵⁵² cuyo fundamento jurídico 10 sostiene que "la libertad de información es, en términos generales, un medio de formación de la opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos y entre ellos el derecho al honor viene determinado por su condición de garantía de la opinión pública libre, que es una institución constitucional del Estado democrático".

Por consiguiente, puede afirmarse, hoy por hoy, el carácter preferente de tales libertades como punto de partida⁵⁵³ aunque no absoluto, pues sólo legitima las

⁵⁵²Los hechos de esta Sentencia son los siguientes: Una Asociación de Vecinos publicó una nota sin firma en la que se calificaba al adjudicatario de una vivienda anteriormente ocupada por un vecino desahuciado de <<subastero>> <<cuervo>> y <<miembro de una lacra de individuos sin escrúpulos>>. El Presidente de la Asociación fue condenado por un delito de injurias y fue el que interpuso el recurso de amparo, que ha su vez no fue otorgado. No obstante, en esta ocasión, debemos señalar también la existencia de un voto particular que considera que la Sentencia condenatoria sí vulnera el derecho del recurrente a la libertad de expresión.

⁵⁵³Recogen el carácter preferente de las libertades del art.20.1.a) y d) entre otras las SSTC 171/1990, FJ5; 143/1991, FJ4; 197/1991, FJ2; 214/1991, FJ6; 40/1992, de 30 de marzo, FJ1, BOE n°109, 6 de mayo; 85/1992, de 8 de junio, FJ4, BOE n°157, 1 de julio; 219/1992, FJ2; 15/1993, de 18 de enero, FJ2, BOE n°57, 12 de febrero; 336/1993, FJ4; 320/1994, FJ3; 42/1995, FJ1; 19/1996, FJ3.

El carácter prevalente también es una constante de los pronunciamientos del Tribunal Supremo a partir del año 1991, y ello se evidencia en las constantes remisiones a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en algunas ocasiones, se acompañan con otro argumento que parte de la tradicional distinción de la doctrina científica entre derechos activos y derechos reaccionales, como ocurre, por ejemplo en la STS de 16 de enero de 1991 (Ar.298) cuyo fundamento jurídico 4 señala que "cualquiera que sea la concepción -iusnaturalista, ética o histórica- que se acepte sobre la fundamentación de los derechos fundamentales reconocidos como tales en la Constitución, éstos no sólo no son derecho absolutos e ilimitados todos ellos, sino que tales derechos, ni en su alcance, ni en su jerarquía, ni en su limitabilidad ostenta igual significación por lo que resulta necesario, en los supuestos de colisión eventual de derechos de naturaleza fundamental, establecer una graduación jerárquica entre los mismos según su importancia que conduce a recordar la tradicional distinción bímembre entre derechos fundamentales <<activos>>, inspirados en el valor superior de la libertad y los derechos <<reaccionales>>, en cuyo ámbito hay que situar el derecho al

honor, fundados en el valor o principio de seguridad propio de todo Estado de Derecho. Todo lo anteriormente expuesto no permite sostener, claro está que la libertad de información esté concebida o diseñada constitucionalmente como una libertad absoluta que pueda prevalecer sin límites sobre otros derechos constitucionales o, específicamente, sobre el derecho al honor, que es lo que se plantea en este caso. Ambos derechos fundamentales se inspiran y cobran su fuerza legitimadora de dos fuentes o <<valores superiores>> diferentes y en función de ello los límites del derecho a la información, política y socialmente tan cualificado, han de interpretarse siempre restrictivamente, en la medida que ello redunde directamente en favor de la libertad, que es, como queda dicho, el valor superior en que se inspira el derecho a la libertad de expresión e información concebido como derecho fundamental <<activo>> y esa interpretación restrictiva es la que viene proclamando la más reciente jurisprudencia constitucional, de manera que para resolver las colisiones frontales o tangenciales, de aquel derecho básico con otros derechos constitucionales se han de utilizar por los Tribunales técnicas interpretativas que no coarten ni restrinjan la información ni imposibiliten o reduzcan la crítica o el debate públicos, ciertamente necesarios en toda sociedad democrática".

Esta argumentación se repite asimismo en pronunciamientos anteriores y posteriores, vgr. SSTS 16 de diciembre de 1988, FJ2, (Ar.9473), 26 de febrero de 1992, FJ2, (Ar.1534); de 13 de julio de 1992, FJ2, (Ar.6286) y de 20 de mayo de 1993, FJ4, (Ar.3810).

Por lo demás, tal y como hemos adelantado, la mayoría de las Sentencias se limitan a recoger de manera expresa la doctrina del Tribunal Constitucional refiriéndose a uno o varios pronunciamientos, quizá los más destacados, vertidos sobre esta materia. Así, vgr. SSTS de 19 de julio de 1988, FJ1.3º, (Ar.5729); de 11 de octubre de 1988, FJ4, (Ar.7408); de 24 de octubre de 1988, FJ5, (Ar.7635); de 18 de abril de 1989, FJ6.1º, (Ar.3068); de 29 de abril de 1989, FJ2, (Ar.3281); de 12 de mayo de 1989, FJ5, (Ar.3736); de 13 de diciembre de 1989, FJ1.2º, (Ar.8827); de 19 de marzo de 1990, FJ2, (Ar.1708); de 20 de marzo de 1990, FJ2, (Ar.1739); de 9 de enero de 1991, FJ1, (Ar.292); de 25 de febrero de 1991, FJ6, (Ar.1597); de 22 de marzo de 1991, FJ3.E, (Ar.2430); de 25 de marzo de 1991, FJ2, (Ar.2441); de 26 de abril de 1991, FJ2, (Ar.3031); de 17 de mayo de 1991, FJ2, (Ar.3711); de 1 de octubre de 1991, FJ3, (Ar.7256); de 4 de octubre de 1991, FJ1.E, (Ar.7442); de 25 de octubre de 1991, FJ2, (Ar.7867); de 19 de noviembre de 1991, FJ1, (Ar.7972); de 28 de enero de 1992, FJ2, (Ar.274); de 11 de febrero 1992, FJ2, (Ar.975); de 26 de febrero de 1992, FJ2, (Ar.1534); de 11 de abril de 1992, FJ2, (Ar.3094); de 15 de abril de 1992, FJ2, (Ar.4419); de 22 de abril de 1992, FJ2, (Ar.3317); de 4 de junio de 1992, FJ2, (Ar.4996); de 9 de julio de 1992, FJ5, (Ar.6273); de 3 de septiembre de 1992, FJ4, (Ar.6881); de 5 de octubre de 1992, FJ3, (Ar.7526); de 28 de abril de 1993, FJ, (Ar.2950); de 10 de junio de 1993, FJ3, (Ar.5401); de 24 de julio de 1992, FJ5, (Ar.6478); de 4 de octubre de 1993, FJ3, (Ar.7458); de 30 de octubre de 1993, FJ6, (Ar.7671); de 24 de noviembre 1993, FJ3, (Ar.9212); de 2 de diciembre 1993, FJ3, (Ar.9483); de 3 de diciembre de 1993, FJ3, (Ar.9493); de 20 de diciembre de 1993, FJ9, (Ar.10088); de 15 de febrero de 1994, FJ2, (Ar.1309); de 28 de marzo de 1994, FJ5, (Ar.2527); de 5 de abril de 1994, FJ3, (Ar.2938); de 29 de abril de 1994, FJ2 y 3, (Ar.2979); de 26 de abril de 1994, FJ3, (Ar.3076); de 19 de mayo de 1994, FJ3, (Ar.4101); de 24 de junio de 1994, FJ3, (Ar.5325); de 24 de junio de 1994, FJ2, (Ar.5326); de 20 de diciembre de 1994, FJ2, (Ar.9771); de 6 de marzo de 1995, FJ5, (Ar.1783); de 6 de abril de 1995, FJ3, (Ar.3418); de 18 de abril de 1995, FJ2, (Ar.3137); de 10 de julio de 1995, FJ4, (Ar.5560); de 15 de julio de 1995, FJ6; (Ar.6011); de 26 de julio de 1995, FJ8, (Ar.6596); de 26 de septiembre de 1995, FJ3, (Ar.6671); de 14 de diciembre de 1995, FJ2, (Ar.9100); de 7 de diciembre de 1995, FJ2, (Ar.9268); de 12 de diciembre de 1995, FJ3, (Ar.9603); de 29 de diciembre de 1995, FJ4, (Ar.9818); de 6 de febrero de 1996, FJ2, (Ar.1244); de 6 de febrero de 1996, FJ4, (Ar.1342); de 26 de febrero de 1996, FJ1, (1610); de 12 de marzo de 1996, FJ2, (2176); de 18 de mayo de 1996, FJ2, (8792); de 4 de septiembre de 1996, FJ1, (AJA, nº246,

intromisiones en otros derechos que guarden congruencia con esa finalidad.

El antedicho valor preferente, no significa dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por la información, que han de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, como establece el art.20.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cuando el ejercicio del derecho a la información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas. Ello ocurre, especialmente, en aquellos casos en los que en la información se utilicen expresiones insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones que sólo pueden entenderse como meros insultos o descalificaciones dictadas, no por un ánimo o función informativa, sino con malicia calificada por un ánimo vejatorio o la enemistad pura y simple, en definitiva, cuando no cumplan los requisitos exigidos para poder hablar de ejercicio legítimo.

Todo ello, evidencia la necesidad de proceder a una ponderación concreta de los derechos implicados⁵⁵⁴ para la

1996).

⁵⁵⁴La primera Sentencia en la que así se pone de manifiesto es la 104/1986, de 17 de julio, BOE n°193, 13 de agosto. Esta necesidad de proceder a un juicio ponderativo resulta en la actualidad indiscutible, vgr. SSTC 65/1991, de 22 de marzo, FJ4, BOE n°98, 24 de abril; 197/1991, FJ2; 297/1994, de 14 de noviembre, FJ6, BOE n°298, 14 de diciembre.

cual habrá de tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad como cánón de constitucionalidad, que exige, que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos para lo cual, además de la circunstancias concretas como pueden ser: la mayor o menor intensidad de las frases, su tono humorístico o mordaz, el hecho de que afectar al honor o al faceta íntima de la persona, el carácter privado o público de las mismas, etc., se valorará el significado constitucional de los derechos en conflicto y la configuración de los mismos en las leyes que los desarrollen⁵⁵⁵.

Por lo tanto, la falta de ponderación por los órganos judiciales, o el hecho de que la misma resulte manifiestamente carente de fundamento, puede llevar a un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada que provoque la revisión de la valoración judicial efectuada⁵⁵⁶.

Asimismo, cualquiera que sea la persona que ejercite las

⁵⁵⁵Vid., en este sentido, las SSTC 20/1992, FJ2 y 40/1992, de 30 de marzo, FJ1, BOE n°109, 6 de mayo, 85/1992, FJ4, 219/1992, FJ2 que cita en este punto expresamente la STC 85/1992; 15/1993, FJ2; ATC 20/1993, de 21 de enero FJ2; 79/1995, de 22 de mayo, FJ1, BOE n°147, 21 de junio; 19/1996, FJ1.

Con relación a los derechos objeto de nuestro estudio, el Tribunal Constitucional apenas tiene en cuenta la existencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, sin embargo consideramos que no puede reprochársele en la medida en que esta Ley omite una referencia clara a este tipo de conflictos, tal y como hemos puesto al comienzo.

⁵⁵⁶Vgr. ATC 350/1989, de 19 de junio.

libertades de expresión y de información, de conformidad con las exigencias que reiteradamente ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, deberá ser protegida⁵⁵⁷ puesto que con ello se contribuye realmente a la satisfacción del contenido institucional de tales libertades, esto es, a la formación de una opinión pública, valor objetivo indisolublemente unido al pluralismo político, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico tal y

⁵⁵⁷ Precisamente, en este punto, discrepamos de la postura que ha venido manteniendo el Tribunal Constitucional cuando establece (FJ10 de la STC 165/1987, de 27 de octubre) que "la libertad de información alcanza su máximo nivel de eficacia cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendido en su más amplia acepción. Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional, pues los derechos de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales de quien los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero sí significa que el valor preferente de la libertad declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión".

A nuestro juicio, lo que hace declinar el valor preferente no está en función de algo meramente formal como puede ser el cauce o medio empleado, sino en función del carácter sustantivo de lo que se emite, en función del contenido mismo de la noticia, esto es, la carencia de los requisitos materiales exigidos reiteradamente por la interpretación que el Tribunal Constitucional hace del art.20 CE..

En este sentido y en relación a esta misma Sentencia, SALVADOR CODERCH, P. (*El mercado de las ideas*, op.cit., pág.78) afirma que "En la Constitución española libertad de expresión no es sólo libertad de prensa, antes bien, los apartados a) y b) del art.20.1 se refieren respectivamente a la palabra, el escrito o cualquier otro modo de reproducción y a cualquier medio de difusión. No hay así fundamento textual alguno para diferenciar *subjetivamente*, por razón de la profesión de quien informa, u *objetivamente*, por razón del medio o soporte utilizado".

Es más, en nuestra opinión, parece adecuado recordar al respecto el fundamento jurídico 4 de la STC 6/1981 (dictada en relación a la creación y mantenimiento de los medios de comunicación), en el que se pone de manifiesto que "quienes hacen profesión de la libertad de expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de la información las ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos pero no derivan de ello ningún privilegio".

No obstante, discrepa de tales consideraciones BUSTOS GIBERT, R. ("El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión", REP, n°85, 1994, pag.271 nota 25) cuando afirma sobre este particular que: "Baste apuntar que en el propio artículo 20 de la Constitución se establece un claro deber específico de los periodistas al ordenar al legislador que regule la cláusula de conciencia y el secreto profesional de estos sujetos. Esta declaración, lejos de inspirar ideas de igualdad absoluta en la transmisión de la información ya sea por los periodistas o por cualquier otro ciudadano, parece buscar que se garantice la independencia de los profesionales."

como reza el art.1.1 de nuestra Constitución.

Para concluir, a pesar de compartir en términos generales la solución arbitrada por el Tribunal Constitucional, no podemos dejar de plasmar la inquietud que puede provocar el estudio contrastado de la copiosa jurisprudencia vertida en esta materia. Pues hemos podido comprobar que una cosa es la doctrina en abstracto del Tribunal Constitucional y otra, muy distinta, la aplicación de la misma a un caso concreto. En este sentido permítasenos hacer dos reflexiones.

En primer lugar, debemos manifestar la perplejidad que suscita observar como en algunas ocasiones unos hechos aunque no iguales, sí reconducibles a una misma categoría en abstracto han dado lugar a pronunciamientos del Tribunal Constitucional de contenido antagónico, hasta el punto de otorgar en algunos casos el amparo y en otros no.

Concretamente esta, llamémosla, recapacitación tiene su origen en la contrastación de los hechos y los "resultados" de las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1983, de 15 de diciembre y 88/1985, de 19 de julio⁵⁵⁸.

Los antecedentes de hecho de la STC 120/1983 se refieren al conflicto colectivo que tuvo lugar en el centro educativo

⁵⁵⁸Publicadas en el BOE n°9, de 11 de enero de 1984, y BOE n°194, 14 de agosto, respectivamente.

Liceo Sorolla durante los meses de verano de 1981, a raíz del cual los delegados sindicales hicieron una serie de declaraciones en un comunicado, hecho que llevó a la empresa a despedirles. Los delegados sindicales recurrieron en amparo contra las Sentencias de la Magistratura de Trabajo y de la Sala 6ª del Tribunal Supremo, que declaraban la procedencia del despido. El contenido del comunicado, tal y como se desprende de la propia Sentencia del TC, era el siguiente: "Que ante la situación de huelga planteada la plantilla del Centro, por impago de nóminas, atrasos, etc, desde el día 30 de mayo, se ha producido la siguiente situación: 1º Los exámenes están siendo realizados por profesores distintos a los que impartieron enseñanza durante el curso. Los nuevos designados no están al corriente de la situación académica de los alumnos suspendidos, ni conocen lo que a cada alumno se le había indicado para dichos exámenes; 2º por informaciones recibidas de alumnos y padres podrían estarse produciendo algunas irregularidades; 3º teniendo en cuenta lo anterior, los citados exámenes podrían resultar nulos; 4º antes estos hechos el profesorado ha denunciado estos exámenes por si hubiera ilegalidad (...). Debido a esta situación urgimos a los poderes que recaben información de los organismos competentes y tomen las medidas pertinentes. Lamentamos profundamente esta situación ajena a nuestra voluntad."

Por su parte los antecedentes de hecho de la STC 88/1985 son los siguientes: En fecha de 3 de noviembre de 1983, el

actor, que venía prestando servicio en el Sanatorio Psiquiátrico de Conjo con la categoría profesional de jefe clínico, participó junto con otras personas, en un programa regional de TVE titulado <<Psiquiatría asistencial en Galicia>>, en el que, conforme recoge el segundo resultando de hechos declarados probados por la Sentencia de instancia y mantenidos inalterados por el TS, formuló entre otras consideraciones las siguientes: <<que los sistemas asistenciales eran totalmente arcaicos; que la situación asistencial era bastante regresiva en Conjo, que existía un caos asistencial total como característica de los centros psiquiátricos de Galicia pues, ni respondía a las necesidades reales de la población, con falta total de incidencia en la prevención, con dispensarios masificados, ni diagnósticos precoces, sin que hubiera otra alternativa que, especialmente para los más favorecidos que los manicomios o clínicas privadas (...); el deterioro asistencial no es una cosa inventada y está más en las cuestiones de calidad que de cantidad (...) y habría que distinguir lo que es un manicomio como Conjo, que tuvo un período de transformación que ahora está estancado."

Aparentemente, y desde nuestra óptica, se trata en ambos supuestos del ejercicio de la libertad de información ejercida en al ámbito de un contrato de trabajo y, sin embargo, las soluciones falladas son: en el primer caso, -STC 120/1983-, la desestimación del recurso de amparo, mientras que en el segundo, -la STC 88/1985-, la concesión del amparo solicitado.

Por último, la segunda reflexión apuntada se refiere a la oportunidad de dejar constancia del contenido del voto particular del Magistrado Díaz Eimil en la STC 121/1989, pues a pesar de no compartir totalmente resulta positivo conocerla. Literalmente se nos dice que: "En cuanto al grado que, a mi juicio, debe atribuirse a la prevalencia de las libertades de expresión e información sobre el derecho al honor, creo sinceramente que, por la especial relevancia que dicha superioridad o preeminencia tiene en el contexto doctrinal en que se desenvuelve el tema de los conflictos entre esas libertades y derechos fundamentales, existe el riesgo de que se minimice el derecho al honor -que también está constitucionalmente protegido y es límite primordial de dichas libertades- y, a consecuencia de ello, se conceda a ese valor prevalente una excesiva eficacia que vaya más allá del tratamiento que ambos derechos fundamentales merecen". Y, a continuación, añade: "Aunque existan doctrinas discrepantes, creo que no es aventurado afirmar que la aplicación del Derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales, e instituciones jurídicas a los valores culturales propios de cada época y medio social y, según ello, me parece que en el momento de resolver el enfrentamiento de dos derechos constitucionales es muy importante tener presente cuáles son las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre el valor de cada uno de dichos derechos, es decir, la resolución debe estar en armonía con la realidad social española de

nuestro tiempo, evitando el trasladar automáticamente a nuestro Derecho Constitucional, doctrinas imperantes en otras sociedades, en las cuales puede estar justificada una excepcional prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor por la estimación que de estos valores se tenga en dichas sociedades, que puede ser distinta de la que es propia de la cultura y sentimiento del pueblo español, en cuyo sistema axiológico destaca, en lugar muy elevado el honor personal". Por consiguiente, cabe preguntarse ¿Cuál es el grado de prevalencia de las libertades de expresión y de información aceptado por la realidad social española?.

CAPÍTULO III

LA CULPA

I.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

Otro de los requisitos exigidos tradicionalmente para el nacimiento de la responsabilidad civil en el régimen común es el de la culpa, ocurre, sin embargo, que las principales leyes reguladoras de la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, -la LO 1/1982 y la LO 5/1992-, omiten en su articulado cualquier referencia al mismo. Consiguientemente, nos encontramos con la necesidad de dilucidar si con relación a la responsabilidad civil en este tipo de ilícitos es precisa la concurrencia de culpa, -como ocurría antes de la Ley del 82⁵⁵⁹-, o, si por el contrario el silencio del legislador implica su no exigencia y, por lo tanto estamos ante un auténtica responsabilidad objetiva⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹Como es sabido antes del año 1982, a falta de una regulación específica, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen venían protegiéndose al amparo del art.1902 del CC y, en consecuencia, la mediación de culpa o negligencia en la conducta objeto de enjuiciamiento estaba fuera de toda duda. A partir de 1982, sin embargo, la existencia de una norma especial relega a un segundo plano al Código Civil en lo atinente a los presupuestos de responsabilidad civil específicamente contemplados en la nueva Ley.

⁵⁶⁰En el excelente trabajo de LEÓN GONZÁLEZ, J.M^a., "La reponsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad", en *Estudios de Derecho civil en Honor del prof.Castán Tobeñas*, Edit.Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, págs.325 y 327) se acoge la distinción entre responsabilidad objetiva y subjetiva, al calificar la responsabilidad civil del incapaz, en los siguientes términos: "una verdadera responsabilidad civil. Si por tal entendemos la reacción del ordenamiento frente al *daño antijurídico*, no cabe duda que lo es y en su sentido más técnico y preciso, pues el incapaz puede realizar actos dañosos objetivamente ilícitos, es decir, contrarios a la norma aunque sólo sea como acción material", añadiendo "Al calificar de objetiva la responsabilidad no nos estamos refiriendo a aquella cuya razón de ser se encuentra en el clásico principio ubi commoda ibi et incommoda, ya que la creación del riesgo presupone una actuación voluntaria y libre dentro de cierta esfera de actividad previamente acotada por el ordenamiento, lo que por hipótesis no ocurre en nuestro caso. Se trata tan sólo de señalar que ley prescinde de culpa como criterio para la imputación del daño. Ahora bien, si ni ésta ni el riesgo son los factores determinantes del deber de reparación,

II.-SOLUCIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES:

Sin perjuicio de que, desde nuestro punto de vista el principio de culpa mantiene su vigencia en relación con la responsabilidad civil derivada de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como se tratará de justificarse más adelante, no podemos ignorar la existencia de tentativas de negarle validez a dicho principio, las cuales se unen a la pretensión de aquellos autores que enmarcan la LO 1/1982 dentro de los supuestos legales de responsabilidad objetiva⁵⁶¹.

lo único que cabe tener en cuenta es "la utilidad social contingente, es decir, las condiciones equitativas". De aquí la expresión "responsabilidad de equidad" (*Haftung aus Billigkeit*) empleada por la doctrina si bien en un sentido más metafórico que real. Y es preciso hacer esta última observación porque, en rigor, el deber de indemnizar que pesa sobre el incapaz no nace en función de esas razones o condiciones equitativas, sino que se fundamenta en base al carácter objetivamente ilícito de la lesión causada. La equidad no desempeña aquí sino un papel de instrumento moderador de las reglas y criterios generales sobre el resarcimiento de daños en orden a su adecuación a la "justicia del caso concreto".

⁵⁶¹Así, por ejemplo, ALBALADEJO, M. (*Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996, Tomo II, vol.2º, págs.508-509), dentro de las excepciones al principio consagrado en el art.1902, más concretamente dentro de las leyes que positivizan la responsabilidad objetiva, alude expresamente a la LO 1/1982 de Protección Civil de los Derechos al Honor, a la Intimidad personal y familiar, y a la Propia Imagen.

Sin embargo, por nuestra parte tal solución no parece admisible y, en consecuencia, compartimos la opinión de quienes excluyen a la LO 1/1982 del listado anteriormente expuesto. En este sentido DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, op.cit. pág.160) afirma que: "En nuestro derecho al igual que en los de otros países, la fórmula de la responsabilidad objetiva se ha ido implantando en ciertos sectores de la actividad humana caracterizados por su intrínseca peligrosidad.." y a continuación recoge la lista de leyes de responsabilidad objetiva, dentro de las cuales no aparece mencionada la LO 1/1982.

Tampoco la incluyen LETE DEL RIO, J.M., *Derecho de Obligaciones*, op.cit., vol.II, págs.193 y ss.; DíEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, op.cit., pág.853, RAMS ALBESA, J., "Responsabilidad por delito o cuasidelito. El planteamiento del Código", en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, op.cit., T.II, vol.2º, pág.449 y ss.

En tal sentido, por ejemplo ESTRADA ALONSO afirma que "concretamente el ilícito civil por intromisiones al honor de las personas que se configura en la Ley del 82, coincide en su aplicación con el sistema de responsabilidad objetiva. Basta con que se produzca la agresión ilegítima del derecho al honor, para que, sin que se hagan mayores consideraciones sobre el grado de culpa y negligencia, se declara la obligación de reparar"⁵⁶².

Otra postura al respecto, que podríamos denominar ecléctica, es la mantenida por LÓPEZ JACOÍSTE, quién por una parte considera que la LO 1/1982 es una adición al art.1902 del CC⁵⁶³, -con lo que implícitamente se exigirían los requisitos de culpa o negligencia-, pero, por otra parte, manifiesta que "se han intensificado las consecuencias de la responsabilidad en virtud del respeto que merece el área moral de la personalidad ajena, (...) en un contexto social en que la

⁵⁶²ESTRADA ALONSO, E., *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982*, de 5 de mayo, op.cit., págs 60-61.

Asimismo, son partidarios de considerar en estos términos la responsabilidad generada por la intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen otros autores como O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.206 -opinión que en coherencia se mantiene en O'CALLAGAN MUÑOZ, X., PEDREIRA ANDRADE, A., *Introducción al Derecho Civil y Derecho Civil Patrimonial*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, Vol.II., págs.892-893-; CREMADES, J., *Los límites a la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Edit.La Ley-Actualidad, Madrid, 1995, pág.227; ESLAVA RODRÍGUEZ, M., *La protección del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Edit.Universidad de Extremadura. Caja Salamanca y Soria, Cáceres, 1996, pág.109; LÓPEZ DÍAZ, E., *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y Doctrina*, Edit.Dykinson, Madrid, 1996, pág.151.

⁵⁶³Cfr. LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", op.cit., pág.1097.

responsabilidad objetiva gana terreno día a día, la culpa, como tal tiende, sin lugar a dudas, a perder mucho de su tradicional valor como presupuesto independiente. Pero, a pesar de ello, las decisiones jurisprudenciales referentes a daños patrimoniales, siquiera sea para diluirla en otros factores intervinientes, suelen ofrecer consideraciones nimiamente calibradas acerca de la misma. Y esto es lo que no sucede, o sucede en mucha menor proporción, al tratarse de daños morales. Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin apenas plantear ni considerar la actitud subjetiva de quien los generó. Y se comprende que así sea, pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado, respecto de cuya posición jurídica habrá de apreciarse. Toda difamación se constata por la pérdida de concepción objetivamente inferida a otro, lo cual contraviene el principio general *neminem laedere*, de suerte que encierra antijuridicidad *per se*⁵⁶⁴.

Frente tales posicionamientos, CABEDO NEBOT entiende que "la intromisión ilegítima contra el honor que se recoge en el art.7.7º de la Ley del 82, exige que se realice con culpa o dolo del autor"⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *op.cit.*, págs.1098-1099.

⁵⁶⁵CABEDO NEBOT, R., "Sobre las acciones por difamación", *PJ*, 1986, nº2, págs.35 y ss.

Siguiendo una línea de pensamiento similar, desde el punto de vista del resultado que conlleva, HERRERO-TEJEDOR sostiene que, a pesar de sus peculiaridades, la ley del 82 no es otra cosa que el desarrollo parcial del art.1902 y concordantes del CC y en consecuencia considera que la culpa es un requisito necesario para la exigencia de responsabilidad civil nacida de la conducta ilícita regulada en la LO 1/1982⁵⁶⁶.

Asimismo, la jurisprudencia, aunque no de manera expresa, parece proclive a considerar la responsabilidad nacida al amparo de la LO 1/1982 como subjetiva, si bien no faltan pronunciamientos que abiertamente la descartan, como lo demuestra el hecho de que en algunas ocasiones, a nuestro juicio las menos, el Tribunal Supremo sostenga que el artículo 18 del Constitución española encontra su desarrollo normativo en la LO 1/1982 de 5 de mayo, de lo que colige que "la tipificación de una normativa especial obliga a tenerla en cuenta en cuantos supuestos se lesione el honor de una persona, y sustraerla al imperio de la doctrina tradicional elaborada

⁵⁶⁶Cfr. HERRERO-TEJEDOR, F., *Honor, intimidad y propia imagen*, op.cit., pág.330 a 332.

Frente a esta opinión, IGARTUA ARREGUI, F. ("Comentario a la STS de 11 de diciembre de 1987", CCJC, 1987, n°14, pág.4569), si bien considera que a nivel teórico puede defenderse que el el art.1902 del Código Civil es aplicable a los supuestos de la LO 1/1982, la realidad, sin embargo, parece que condena esta teoría al fracaso.

Por su parte, SALVADOR CODERCH, P. ("Comentario a la STS de 22 de abril de 1992", CCJC, 1992, n°30, pág.798), y con relación al preciso conflicto de estos derechos con la libertad de expresión y de información, afirma que: "El privilegio constitucional de la libertad de información, entendido en nuestro Derecho como algo que excluye la responsabilidad objetiva, aparta casos como el comentado de la tendencia generalizada hacia la objetivación de la responsabilidad civil que caracteriza a gran parte del derecho moderno de daños".

en base al art.1902 del C.c" y reitera que "resulta evidente que cuantos hechos o circunstancias lesivas al honor hubieren ocurrido después de la entrada en vigor de la calendada ley orgánica, quedarán sujetos a su imperio y sustraídas al del art.1902"⁵⁶⁷.

Por lo demás, consideramos que de la mayoría de los pronunciamientos se desprende el carácter subjetivo de la responsabilidad, -como consecuencia, básicamente, de la consideración del Código Civil como fuente legal supletoria de todo el ordenamiento jurídico-⁵⁶⁸, siendo habitual que se tenga presente el objeto y fin de las conductas enjuiciadas. En este sentido, con relación al derecho al honor el Tribunal Supremo afirma que: "La jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en el sentido de que el texto publicado y difundido ha de interpretarse en su conjunto y totalidad, para valorar de ese modo, la significación verdaderamente difamatoria que proceda atribuir a las presuntas expresiones atentatorias al honor, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su individualidad, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de aquí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto del elemento intencional y de su

⁵⁶⁷Cfr.STS de 14 de octubre de 1988, (Ar.7488).

En la misma línea. vid. SSTs de 30 de marzo de 1988, (Ar.7488); de 26 de enero de 1990. (Ar.26); de 4 de febrero de 1993, FJ4, (Ar.824).

⁵⁶⁸Cfr. Fundamento jurídico 6º de la STS de 7 de marzo de 1988, (Ar.1603).

objetividad real"⁵⁶⁹, lo cual a nuestro juicio implica valorar la responsabilidad subjetivamente.

Todo ello sin olvidar, además, la reiterada y constante doctrina constitucional que exige un específico deber de diligencia a la hora de ponderar las responsabilidades en que pueda incurrirse en el ejercicio de las libertades de expresión y de información⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹Cfr. SSTs de 12 de mayo de 1989, (Ar.3763) y de 29 de noviembre de 1991, (Ar.8574).

Un sentido semejante se infiere de lo manifestado en las SSTs de 23 de marzo de 1987, (Ar.1716), 11 de abril de 1987, (Ar.2703); de 3 de julio de 1987 (Ar.5050); de 26 de noviembre de 1987, (Ar.8692); de 1 de diciembre de 1987 (Ar.917); de 19 de febrero de 1988 (Ar.1119); de 23 de febrero de 1989 (Ar.1250); de 4 de junio de 1990 (Ar.4725); de 22 de marzo de 1991, (Ar.2403), 22 de enero de 1992 (Aranzadi R.200); de 19 de febrero de 1992 (Ar.1324); de 22 de abril de 1992 (Ar.3317); de 2 de marzo de 1993 (Ar.1662), de 28 de abril de 1993 (Ar. 2950); de 6 de marzo de 1995 (Ar.1783).

⁵⁷⁰Sobre la jurisprudencia que exige este deber de diligencia, vid. Supra. Capítulo II Causas que eliminan la ilicitud, III.3.-El ejercicio legítimo de un derecho: especial consideración al conflicto entre los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen y las libertades de expresión y de información.

III.-NUESTRA SOLUCIÓN: IDONEIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA

A nuestro juicio, son muchas y de muy diversa índole las razones que justifican la exigencia de un régimen de responsabilidad subjetiva respecto de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El requisito de la culpa en este ámbito se explica fundamentalmente: 1)por su propio significado jurídico, 2)por su carácter de principio general frente al régimen excepcional de la responsabilidad objetiva y, 3)por la vis expansiva del Código Civil, como derecho supletorio ex art.4.3 CC.

En cuanto al significado de la culpa, se puede afirmar en primer término que ésta constituye un estado de ánimo que, con relación a un daño concreto permite considerarlo como reprobable⁵⁷¹.

El análisis minucioso del estado psicológico en que consiste la culpa en sentido amplio nos lleva a distinguir entre dolo y culpa en sentido estricto, (aun cuando tal

⁵⁷¹En este sentido, DE CUPIS, A. (*Il danno*, Edit.Giuffrè, Milano, 1966, vol.I, pág.116) afirma literalmente que: "La colpa è uno stato d'animo che, in relazione a un determinato danno, può dirsi riprovevole".

distinción no aparece como tal en nuestro Código Civil pues el art.1902 de forma imprecisa habla de "culpa o negligencia"). Ambas categorías tienen en común la voluntariedad del hecho productor, pudiéndose afirmar que "hay culpa cuando no se ha empleado aquella tensión de las facultades mentales que habrían permitido prever el daño previsible, al igual que aun habiéndose previsto el daño, no se ha impreso a la propia energía volitiva aquella orientación que, con la finalidad de evitarlo, habría sido necesaria"⁵⁷².

Al factor de la culpa no se le prestó importancia en las primeras fases del Derecho⁵⁷³, sin embargo, en estados más avanzados de civilización la culpa irrumpe en la mentalidad de los juristas como requisito esencial de la reacción contra los daños adquiriendo principio de razón natural, porque en el común sentir del hombre medio late ese sentido de equidad, esencial en Derecho, que rechaza como injusto el que alguien deba responder de aquéllo que acaeció sin su culpa, y es precisamente el sentido popular de culpa el que se refleja en

⁵⁷²DE CUPIS, A., *Il danno*, op.cit., pág.118.

⁵⁷³Como ha puesto de relieve DE CUPIS, A. (*Il danno*, op.cit., pág.119), "Alla colpa non fu annessa importanza nelle prime fasi del diritto. Appariva allora sufficiente, affinché al danno fosse ricogiunta una reazione giuridica, che esso fosse prodotto materialmente da un fatto umano lesivo dell'ordine giuridico, senza che venisse indagato lo stato psicologico dell'autore dello stesso fatto. Era sufficiente, vale a dire che il danno potesse ricondursi materialmente all'individuo umano. Da alcuni si è sostenuto che da questa riferibilità materiale veniva argomentata l'esistenza della colpa in base a massime d'esperienza ispirate alla normalità dei casi; ma in realtà la mentalità primitiva non doveva nutrire preoccupazioni di tal sorta: essa, vale a dire, non intendeva né accertare la colpa, né arguirla.

Così, alle indagine romanistiche è risultato che il testo dell'antica *lex Aquilia* non parlava di culpa: esso, nel contemplare il *damnum iniuria datum*, lasciava da parte ogni valutazione psicologica."

las instituciones jurídicas consagradas manteniendo el mismo valor⁵⁷⁴.

La culpa cumple también una función pedagógico-educativa⁵⁷⁵ indudable que se desenvuelve en dos órdenes distintos, por un lado estimula el espíritu de vigilancia y, por otro lado, permite el avance industrial y, por lo tanto, económico. En este sentido, algunos autores han puesto de relieve que esta concepción de la responsabilidad civil constituyó en su día un importante "ingrediente" en el proceso de desarrollo económico e industrial, pues a su juicio, éste se debió ver favorecido por el hecho de que sólo engendraran responsabilidad u obligación de reparar, los comportamientos negligentes de los empresarios.

Asimismo, la exigencia de culpa imprime al hecho dañoso un significado moral negativo y un valor (disvalor) social⁵⁷⁶, una reprobación moral de la producción del daño en sí mismo. Precisamente, esta connotación jugó un importante papel para la ideología revolucionaria que encontró en este requisito un instrumento de gran utilidad para la consecución de los fines de la moral individualista del liberalismo, de ahí su plasmación positiva en la mayoría de los Códigos Civiles

⁵⁷⁴Vid. GUIJARRO CONTRERAS, G., "Responsabilidad automovilista", ADC, 1963, págs.643-645

⁵⁷⁵Cfr. DE CUPIS, A., *Il danno*, op.cit., pág.120.

⁵⁷⁶Cfr. DE CUPIS, A., *Il danno*, op.cit., pág.120.

decimonónicos que, siguiendo al Code de Napoleón, optan sin ambages por un sistema de responsabilidad subjetiva.

Nuestro Código Civil no es una excepción, el art.1089, al determinar las fuentes de las obligaciones tipifica frente a las que nacen del contrato, del cuasicontrato y de la Ley, las que nacen de "los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia". Igualmente, el art.1093 que establece el marco legal de las obligaciones nacidas de actos ilícitos vuelve a referirse a la necesidad de concurrencia de culpa o negligencia para que "se derive obligación".

Es más, si nos situamos en la regulación concreta de esta fuente de obligaciones, la propia rúbrica del Capítulo II del Título XVI del Libro IV, "De las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia", es significativa en el sentido de erigirse la culpa en el elemento fundamental para el nacimiento de la responsabilidad extracontractual. Pero no sólo se desprende tal conclusión del art.1902, pieza clave para la determinación de este tipo de responsabilidad que establece que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", sino que además a lo largo de todo el Capítulo la necesidad de culpa aparece como determinante para la imputación de la responsabilidad.

Consiguientemente, el lugar que ocupa la culpa en el Código Civil y, por ende en nuestro ordenamiento jurídico, es suficientemente elocuente de su significado, siendo excepcionales los casos en que no sea preceptiva la concurrencia de este elemento subjetivo⁵⁷⁷.

La asunción del sistema de responsabilidad civil subjetiva no sólo está sólidamente arraigado en nuestro derecho positivo, sino también en la doctrina jurídica tradicional que se ha encontrado en esta materia totalmente dominada por el principio de culpa, y en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que exigía de modo constante al demandante la acreditación de la existencia de culpa por parte del demandado.

El predominio de esta teoría no puede decirse que haya sido fruto de un capricho, ni del azar, sino del contexto histórico, de la concepción de "Sociedad" y "Derecho" imperante en el momento de la codificación.

Sin embargo, la teoría de la culpa, que ha venido inspirando las concepciones jurídicas de los Ordenamientos de Europa continental de tradición romanista⁵⁷⁸, no ha podido

⁵⁷⁷En este sentido, ALBALADEJO, M., (*Derecho Civil*, op.cit., T.II, vol.2º, pág.460), concluye que "nuestro Derecho civil, como regla, acoge la responsabilidad por culpa; y sólo en algunos casos, como excepción, la responsabilidad objetiva".

⁵⁷⁸Dentro de los cuales debemos incluir el Common Law, uno de cuyos básicos principios es el de "no liability without fault", simple traducción de no hay responsabilidad sin culpa.

mantenerse hasta nuestros días⁵⁷⁹. Paradójicamente, los avances tecnológicos, el maquinismo y la industria hacen aconsejable, -desde el punto de vista del dañado-, abandonar los rigores de una responsabilidad basada exclusivamente en la culpa⁵⁸⁰. El aumento de los riesgos convertidos en siniestros, hace irrumpir en la mentalidad colectiva la reivindicación de una indemnización para la víctimas, relegando a un segundo plano la verificación de la existencia de culpa en quién los produce. En consecuencia, se entenderá que el criterio de la culpa puede ser superado razonablemente por razones de equidad, como lo es, por ejemplo, el que aquellos particulares que se benefician de las ventajas respondan también de los daños prescindiendo del requisito de la culpa.

⁵⁷⁹En este sentido, DE CUPIS, A., (*Il danno*, op.cit., pág.120), nos dice que: "Il diritto, al pari di altre manifestazioni dello spirito umano, è soggetto a mutamenti che spesso sono ritorni, sia pure parziali, al passato. Così, nell'epoca più recente la colpa ha perso il valore di unico criterio regolatore della responsabilità umana. E ciò non perchè siasi verificato un imbarbarimento della mentalità giuridica, tale da annullare l'interesse per lo stato d'animo soggettivo nel quale si concreta la colpa; bensì per essersi raginatamente ritenuto, in base alla mutata struttura economica e sociale ed alla moltiplicazione delle occasioni di danno, che non sempre corrisponda alle esigenze della giustizia e dell'oportunità il far capo alla colpa al fine di giudicare della responsabilità per danno."

⁵⁸⁰TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, Giuffré Editore, Milano, 1993, págs.147-150.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (*Tratado de responsabilidad civil*, op.cit., pág. 54) afirma, asimismo, que: "Hoy en día estos criterios se siguen implantando de forma progresiva en aquellos sectores de la actividad humana caracterizados por su peligrosidad y que por ello reclaman una garantía colectiva que dimana de este modo de entender la responsabilidad."

PANTALEÓN, F., "Comentario al art.1902 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid, 1992, Tomo II, págs.1995 a 1997; DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., vol.II, págs.591-595; GALGANO, F., *Diritto Civile e Commerciale*, Edit.Cedam, Padova, 1993, Tomo II, vol.2º, pág.339, ALPA, G., "Ingegneria sociale e amministrazione del danno quindici anni di dottrina della responsabilità civile", en *Responsabilità civile*, Edit.Utet, Torino, 1987, Tomo I, págs.20-27, *Responsabilità civile e danno*, Edit.Il Mulino, Bologna, 1991, págs.64 y ss. e *Istituzioni di Diritto Privato*, Edit.Zanichelli, Bologna, 1996, págs.719-724.

A impulsos de la doctrina y movido por razones de carácter ético y de contemplación de nuevas realidades sociales, será el propio Tribunal Supremo, -conocedor paradigmático de las necesidades y reivindicaciones sociales-, el que se vea obligado a evolucionar sensiblemente en sus criterios, proceso en el que la inversión de la carga de la prueba se convierte en aliado indispensable, sobre todo en aquellos sectores en los que la asunción de riesgos y la producción de daños están acompañados de importantes beneficios económicos.

En tal sentido, no resulta errado afirmar que la jurisprudencia en el curso de los últimos años camina hacia un sistema de responsabilidad civil que, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas⁵⁸¹.

Por consiguiente, "cuando el daño ha sido producido como consecuencia del ejercicio normal o anormal de una actividad de la cual una persona obtiene un beneficio económico, la carga de la prueba se invierte de tal manera que no es el perjudicado quien tiene que probar la culpa del dañador, sino que es éste quien tiene que probar que adoptó las medidas de precaución posibles para evitar el daño. De la prueba de la culpa por el demandante se pasa así a la prueba de la diligencia por el demandado. El giro encuentra su fundamento en la llamada teoría

⁵⁸¹En este sentido, vid. DíEZ-PICAZO, L., "La responsabilidad civil hoy", ADC, 1979, págs.732 a 734.

del riesgo: se entiende que aquella persona que dentro de la vida social crea en su propio beneficio una situación de riesgo o de peligro debe también pechar con lo incómodo que esta situación acarrea"⁵⁸².

No cabe duda de que en el proceso de objetivización de la responsabilidad la labor, más que hermenéutica, de la jurisprudencia ha jugado un papel decisivo⁵⁸³, a partir de la Sentencia de 10 de julio de 1943⁵⁸⁴, se camina hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, transformando la apreciación del principio subjetivista, "ora por el cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser

⁵⁸²DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, T.I, Madrid, 1988, págs.27-28.

⁵⁸³El iter seguido por nuestro Tribunal supremo ha sido minuciosamente sistematizado por DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, op.cit., págs.127 a 156.

⁵⁸⁴Ar.856. Este nuevo sesgo se consolida de manera uniforme hasta nuestro días, siendo numerosísimos los ejemplos, vgr. SSTs de 9 de junio de 1975, CDO 2º, (Ar.3264), de 10 de octubre de 1975, CDO 1º, (Ar.3586), de 31 de octubre de 1985, FD 2º, (Ar.5138).

Más recientemente el fundamento jurídico 2º, de la STS de 21 de octubre de 1994, (Ar.8125), establece que: "la atenuación del criterio subjetivista del precepto a través de una cierta objetivización, con objeto de compatibilizar el desarrollo industrial y mejoría social de los países con una mayor garantía de seguridad para el ciudadano medio a través de una más severa responsabilidad para quien utiliza y directamente se beneficia del instrumento generador del riesgo".

La misma idea, con diferentes términos, entre otras en las SSTs de 5 de octubre de 1994, FJ3, (Ar.7453) y de 23 de diciembre de 1995, FJ2, (Ar.9434), pues señalan que: "soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por un tercero".

que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del cuidado prestado".

Sin embargo, no es menos cierto, como afirma la Sentencia de 16 de octubre de 1986, que "la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento jurídico"⁵⁸⁵. En este sentido la Sentencia de 8 de junio de 1992 reitera que: "Por muy progresiva que sea la interpretación del art.1902 que iniciada en la teoría subjetiva de la culpa ha llegado a aproximarse a la responsabilidad objetiva a través del cauce procesal de la inversión de la

⁵⁸⁵ (Ar.6923).

Esta argumentación está muy arraigada en nuestra jurisprudencia y se repite en la mayoría de los pronunciamientos sobre esta materia. Recientemente, vid. vgr. SSTs de 8 de febrero, FJ5, y de 23 de septiembre de 1991, FJ2, (Ar.1157 y 6060 respectivamente); de 18 de noviembre de 1994, FJ5, (Ar.9322), de 15 de febrero de 1995, FJ2, (Ar.851).

carga de la prueba y la doctrina sustantiva de la creación del riesgo, no cabe ignorar que para admitir la exigencia del riesgo es preciso acreditar la fuente de peligro, esto es, que hay una empresa, explotación, o actividad que aún permitida por la ley, produzca un interés propio para el agente y genere riesgos de cuya efectividad debe responder el empresario en virtud del viejo aforismo "*qui est commodum debet esse etiam in incommodo*" traducido actualmente en el deber de control del peligro"⁵⁸⁶.

Por consiguiente, la culpa mantiene su vigencia de principio general. La previsibilidad del daño y el carácter de la diligencia exigible en el actuar humano, siguen siendo punto de partida indispensable para la imputación de la responsabilidad, a salvo, claro está, los supuestos en los que expresamente el legislador, -con retraso respecto a la jurisprudencia-, ha optado por el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva⁵⁸⁷, como ocurre con la mayor parte de los sectores económicos que llevan aparejado un riesgo socialmente admitido.

⁵⁸⁶Ar.5169.

⁵⁸⁷Es el caso de: Ley de Accidentes de trabajo de 22-VI-1956
Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26-VII-1957
Ley de Navegación Aérea de 21-VII-1960
Ley del Automóvil de 24-XII-1962 (texto refundido de 21 de Marzo de 1968 a su vez modificado el 28 de junio de 1986 para adaptarlo a la CE.)
Ley sobre responsabilidad civil por los daños causados por energía nuclear de 29-IV-1964
Ley de Caza de 4-IV-1970
Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de 19-VII-1984.

El ámbito de la responsabilidad objetiva, sólo puede ser ampliado por el legislador y no por el intérprete, que no puede sustituirlo⁵⁸⁸. Pero incluso, por muy amplia que sea esa esfera, por muy numerosos e importantes que sean los casos en que el daño produce reacción jurídica pese a la ausencia de culpa, consideramos que entre la responsabilidad vinculada a la culpa y la responsabilidad independiente de la culpa no se ha invertido la relación regla-excepción⁵⁸⁹. Porque el elemento de la culpa se enuncia en nuestras leyes de tal manera que adquiere valor de principio, que no se desvirtúa por el

⁵⁸⁸En este sentido es claro PUIG BRUTAU, J. (*Fundamentos de Derecho Civil*, op.cit., Tomo II, Vol.3º, pág.142), cuando afirma que "La moderna responsabilidad objetiva o por riesgo creado, ha de quedar adscrita a supuestos típicos claramente delimitados. Ehrenzweig dice que el test de la tipicidad delimita el alcance de la responsabilidad por actividades peligrosas, de la misma manera que el test de la previsibilidad delimita el de la responsabilidad fundada en la culpa o negligencia.

⁵⁸⁹Cfr. DE CUPIS, A., *Il danno*, op.cit., pág.136-137, en la pág.145 afirma que "Il tentativo di rifiutare la prevalenza del criterio della colpa rispetto agli altri, in basi a motivi d'ordine meramente quantitativo o statistico, non può condiversi. In vero, l'autorità del principio della colpa non è legata alla frequenza ed all'entità economica dei danni per la cui risarcibilità occorre la colpa stessa. Che esistano importanti e numerose deroghe, quantitativamente ragguardevoli nella concreta applicazione, non basta a togliere alla colpa quell'autorità di principio che tuttora corrisponde allo spirito generale dell'ordinamento giuridico; questo è ancora sensibile alla giustizia insita nel ricercare, alla radice della responsabilità, un integrale fatto umano, anziché un fatto svuotato della sua componente psichica e sottratto a qualsiasi giudizio di valore."

En la misma línea, MAZEAUD, H., *Derecho Civil. Parte Segunda. Responsabilidad civil. Cuasicontratos*, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, (traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo), Tomo II, vol.2º, pág.91.

En contra, sin embargo, otorga capital importancia a los supuesto excepcionales de responsabilidad objetiva GALGANO, F. (*Diritto Civile e Commerciale*, Edit. Cedam, Padova, 1993, Tomo II, vol.2º, pág.339), para quien "le eccezione alla regola sono tali e tante che, nella pratica, il rapporto fra regola e eccezione appare capovolto: risulta più estesa l'area della responsabilità oggettiva che non quella della responsabilità per dolo e colpa. Il principio generale finisce così con il tradursi in un principio residuale, destinato a regolare le ipotesi per le quali non vige una delle tante regole di responsabilità oggettiva".

reconocimiento de las excepciones aludidas⁵⁹⁰.

Pero no sólo el significado de la culpa y su carácter de principio general en la responsabilidad aquiliana, -que se robustece por cuanto en el ámbito de la responsabilidad contractual es, asimismo, requisito *sine qua non* según se deduce de los arts.1101, 1105 y 1182 CC-, nos llevan a afirmar la oportunidad de su aplicación respecto de las intromisiones ilegítimas en el honor, la intimidad y la propia imagen, sino también el carácter supletorio del Código Civil como Derecho común en relación con aquéllas materias que no estén contempladas en las leyes especiales⁵⁹¹

En efecto, en nuestro Ordenamiento jurídico se considera como Derecho Común el Código civil⁵⁹². La Exposición de Motivos del Decreto de 31 de Mayo de 1974 que sanciona con fuerza de ley el Texto Articulado del Título Preliminar del Código civil dice que éste "es exponente todavía de los

⁵⁹⁰Sobre la conveniencia de interpretar con mesura la responsabilidad civil sin culpa ya se pronunció BORRELL MACIÀ, A., "Hacia la responsabilidad sin culpa", *R.D.Priv.*, 1951, págs.112-125.

Sobre la posible aplicación analógica de la regal excepcional de la responsabilidad objetiva vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1987, págs.148-153.

⁵⁹¹En este sentido, vid. DE CASTRO y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, págs.101 y 102 (reune en un sólo volumen los dos publicados por el Instituto de Estudios Políticos en los años 1949 y 1952); PONZANELLI, G., *La responsabilità civile. Profili di Diritto Comparato*, Edit.Il Mulino, Bologna, 1992, pág.79.

⁵⁹²El término Derecho Común equivale, en este contexto a lo que algunos autores denominan Derecho General. En este sentido, vid. ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil*, Edit.Edersa, Madrid, 1982, vol.I, pág.34.

principales rasgos caracterizadores del Derecho Común"⁵⁹³.

El art.4.3 CC es claro en este sentido cuando prescribe que "las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes"⁵⁹⁴, a salvo, claro está que esas leyes establezcan otros criterios de supletoriedad, en cuyo caso el art.4.3 estaría subordinada a ellos, lo cual, por otra parte, no ocurre en las leyes objeto de nuestro estudio, -que no contienen previsión alguna en este sentido-.

De la ubicación sistemática del art.4.3 en el Código Civil

⁵⁹³Esta característica del Código Civil es reconocida por numerosos autores, así, por ejemplo, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. ("Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes", *R.D.Priv.*, 1976, págs.598 a 622), afirma que es preciso señalar que si bien el Código Civil no es la única versión del "ius commune", sino sólo parte, es todavía la más excelente, del derecho común, como así parece reconocerlo el legislador en Decreto 31 Mayo de 1974.

En los países de nuestro entorno se afirma, asimismo, esta característica. En este sentido, IRTI, N., *La edad de la descodificación*, Edit. Bosch, 1992, págs.26 y 27, 35 a 37, 43 a 54; el mismo autor (*Introduzione allo studio del diritto privato*, Edit. Cedam, Padova, 1990, Cap.III.), señala que no obstante el carácter residual del Codice Civile, debido al número cada vez mayor de materias que se van desgajando de éste, sigue aglutinando, cuando menos, los principios rectores del Derecho Privado aplicables, en todo caso, debido a su consideración de Derecho Común.

Asimismo, es interesante el análisis de los problemas de la legislación civil especial y el consiguiente dilema de incorporarla al Código llevado a cabo por PATTI, S., *Saggi di Diritto privato comparato*, Edit. G. Giappichelli, Torino, 1986, págs.46 y 47.

⁵⁹⁴Este artículo reproduce casi por completo el anterior art.16, concretamente, este último establecía que "En las materias que se rijan por leyes especiales la deficiencia de éstas, se suplirá por las disposiciones de este Código", se establece en la nueva redacción una matización importante, al suprimirse el calificativo de "especiales", se puede afirmar, a nuestro juicio, que se ha producido un reforzamiento de la aplicación expansiva por implicar una mayor generalidad. Para ALBALADEJO, M. (*Derecho civil*, op.cit., T.I, Vol.I, pág.59,) sin embargo, la sustitución del antiguo artículo 16 por el actual art.4.3° viene a significar lo mismo: "el Código civil es derecho supletorio general de las leyes especiales civiles y de cualesquiera normas jurídicas no civiles".

se desprende la supletoriedad con referencia a cualquier norma situada dentro de su marco de acción⁵⁹⁵, respecto de aquellas materias no sometidas una regulación especial, y también respecto de aquellas lagunas que puedan existir aun en el caso de que la materia en cuestión haya sido objeto de desarrollo mediante una regulación especial.

La necesaria aplicación supletoria del CC, nos lleva en este contexto a la aplicación del art.1902 y concordantes, por lo tanto, a la exigencia de culpa o negligencia junto con los demás requisitos contemplados específicamente en la LO 1/1982⁵⁹⁶. Esto mismo, puede afirmarse por aplicación

⁵⁹⁵En este sentido, resulta claro PENA LÓPEZ, J.M°. ("Derecho civil, Derecho común y Derecho especial", AC, 1995, n°41) cuando afirma que "El art.4.3 está ubicado dentro del Título Preliminar del CC cuyo título reza así <<De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia>>; está, pues, situado bajo un título donde no se distingue y donde se regula, según se deduce de la lectura de sus artículos, el régimen de interpretación y aplicación de todo tipo de leyes" (pág.835).

"Por lo tanto las leyes a las que se refiere el Título Preliminar son según resulta de una interpretación sistemática y <<contextual>> del art.4.3 del C.C., todas las leyes del ordenamiento jurídico español, resultado interpretativo que, por otra parte, concuerda con la doctrina del T.C. sentada en la sentencia de 26 de marzo de 1987, en la que se proclama que <<el art.6.4, como la mayor parte de los que integran el Título Preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento>>".

"Por lo demás, la conexión de este precepto con esta función histórica del Derecho común resulta claramente de la exposición de motivos de la Ley de Reforma del Título Preliminar de 1974, donde se califica al C.C. como <<... exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del Derecho común, como lo prueba el propio contenido del Título Preliminar>>".

págs.836-837)"De acuerdo con la interpretación del art.4.3 del C.C. a la que hay que atender <<fundamentalmente>>, a tenor del inciso final del art.3.1 del C.C., la interpretación deriva del <<espíritu y finalidad de la norma>>, que aquí se concreta en la integración de las posibles lagunas de las leyes no incluidas en el C.C., el resultado interpretativo que mejor provee al ejercicio de esa función es el producido por una interpretación extensiva de la palabra <<leyes>>".

⁵⁹⁶En los mismos términos se manifiestan, entre otros: GITRAMA GONZÁLEZ, M. ("El derecho a la propia imagen, hoy", op.cit., pág.243), dice textualmente al hablar de las vías de protección: la vía civil al amparo de la específica Ley de 5 de Mayo de 1982, que venimos considerando y que cabalmente es llamada de "protección civil". Ello sin perjuicio de poder esgrimir subsidiariamente las disposiciones normativas como el Código civil arts.6.3°, 7.1°, 1102, 1902

supletoria, en este caso de 2º grado, respecto de las conductas que resultan de las previsiones contenidas en la LORTAD.

En la misma línea y a mayor abundamiento, -como complementario de los argumentos esgrimidos a favor de la aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva-, cabe traer a colación otra serie de consideraciones que vienen a reforzar la posición que aquí se defiende.

En tal sentido, resulta en cierto modo revelador el hecho de que en los países de nuestro entorno la responsabilidad civil derivada de los atentados a este tipo de derechos continúe ventilándose al amparo de las normas de responsabilidad subjetiva del Código, es el caso, por ejemplo,

(responsabilidad aquiliana; éste sobre todo)".

ROJO AJURIA, F., "La tutela civil del derecho a la intimidad (Comentario a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen)", *ADC*, 1986, Tomo I, págs.146-147; SALVADOR CODERCH, P., y otros, *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, op.cit., págs.57-59; MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de Prensa y procesos por difamación*, Edit.Ariel, Barcelona, 1988, pág.54, nota 48; PÉREZ CÁNOVAS, N., "Las personas jurídicas y el derecho al honor: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989", *RFDUG*, 1989, nº15, pág.100; ROGEL VIDE, C., "El derecho al honor, a la intimidad persona y familiar y a la propia imagen, y las libertades de expresión y de información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional", *PJ*, 1991, nº22, pág.86.

Por su parte, RODRÍGUEZ MOLINERO, M. (*Libertad de expresión y derecho al honor*, Edit.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1992) nos dice que "las lesiones al honor no perseguibles penalmente han venido reparándose tradicionalmente en base al importantísimo art.1902 del C.c. que establece la indemnización por daños y perjuicios que hoy cuenta además con la protección otorgada por la ley 62/1978 (completada por R.D.342/1979) y con la L.O. 1/1982 de protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen".

Se desprende también esta idea de CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L., *Honor, intimidad e imagen*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996, pág.108; ; RUIZ MIGUEL, C., *La configuración constitucional del Derecho a la intimidad*, op.cit., págs.295-296.

del art.1382 del Code Civil⁵⁹⁷ y del art.2043 del Codice Civile⁵⁹⁸.

Podría pensarse que la aplicación de tales preceptos se debe única y exclusivamente a la ausencia en los mencionados ordenamientos de una norma parangonable a nuestra LO 1/1982, sin embargo, a nuestro entender la mencionada ausencia implica, de algún modo, la idoneidad del Código para la regulación de este tipo de ilícitos.

Finalmente, un régimen de responsabilidad objetiva por las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen supondría un límite de las libertades de expresión y de información insostenible por su incompatibilidad con la doctrina del Tribunal Constitucional forjada en los últimos tiempos, doctrina a la cual hay que atender ex art.5 de la LOPJ.

⁵⁹⁷En este sentido, vid. RAVANAS, J., *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, Edit.L.G.D.J., París, 1978, págs.359 y ss; KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, op.cit., págs.76-81, VINEY, G., *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, Edit.LGDJ, París, 1995, págs.67-69.

⁵⁹⁸En este sentido, vid. por todos ALPA, G., BESSONE, M., CARBONE, V., *Atipicità dell'illecito. II.-diritti della personalità e danno morale*, Edit.Giuffrè, Milano, 1993, págs.11 y ss, 125 y ss, 221 y ss.

CAPÍTULO IV

EL DAÑO

I.-PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

El daño es otro de los requisitos tradicionalmente exigidos para el nacimiento de responsabilidad civil en el régimen común, pero como el art.9.3 de la LO 1/1982 lo presume se nos plantea, entonces, la cuestión de si es posible, en el específico régimen de responsabilidad civil derivada de las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, seguir afirmando que el daño constituye un elemento autónomo en este ámbito, para lo cual habrá que determinar si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*.

Por otra parte, en relación con tales derechos ese daño, sin perjuicio de que algunas veces se produzca un daño patrimonial indirecto, es en todo caso de índole moral⁵⁹⁹, de ahí la necesidad de analizar también el problema de la indemnizabilidad del mismo.

⁵⁹⁹El concepto de daño moral tiene en este contexto, en el de los derechos de la personalidad, una aplicación natural, puesto que se trata de derecho extrapatrimoniales. En este sentido, vid. CARBONNIER, J., *Derecho Civil. Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones*, (Traducción Manuel M^a Zorrilla Ruiz), Edit.Bosch, Barcelona, 1960, Tomo II, Vol.III, pág.66.

A nuestro juicio, el término daño es el más adecuado, no obstante, existen autores que, a pesar de utilizar dicho término, consideran más preciso, desde el punto de vista lógico y sistemático, la palabra mal, no como noción contrapuesta pero sí más amplia que aquella de daño. Así, por ejemplo, RAVAZZONI, A., *La riparazione del danno non patrimoniale*, Edit.Giuffrè, Milano, 1962, págs.77-82.

II.- SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DEL ART.9.3° DE LA LO1/1982:

El art.9.3 de la LO 1/1982 establece que "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral".

La presunción del daño es, sin duda, una de las grandes novedades de la LO 1/1982⁶⁰⁰, pues se aparta sensiblemente del régimen general de responsabilidad civil del art.1902 CC, incluso podría suponer una importante quiebra del mismo si esa presunción es considerada como *iuris et de iure*. De ahí la imperiosa necesidad de determinar cuál es el alcance de la prescripción que se contiene en el mencionado art.9.3, para lo cual nuevamente el Código Civil, como Derecho común, resulta una pieza clave.

Partir de la afirmación de que estamos ante una presunción legal⁶⁰¹ no es suficiente para conocer el preciso alcance de

⁶⁰⁰En otros ordenamientos la falta de un precepto similar al art.9.3 no es óbice para que la jurisprudencia opere en este sentido, sobre todo cuando se trata de daños producidos con ocasión de la vulneración de alguno de los derechos denominados de la personalidad, y así lo han puesto de relieve, por ejemplo, CENDON, P., ZIVIZ, P., "L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile", en la obra colectiva *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Edit.Giuffrè, Milano, 1994, pág.162.

⁶⁰¹Por presunción legal, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA, (*Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1976, Vol.1º, pág.305), entendemos "aquella norma jurídica que deduce de un supuesto de hecho legal, la concurrencia de una situación distinta o complementaria".

la misma, puesto que a tenor del art.1251 "las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba". De este artículo se desprende que salvo que la ley que contenga la presunción lo prohíba expresamente, las presunciones pueden ser destruidas, esto es, son *iuris tantum*.

Pues bien, a la luz de lo dispuesto en el art.9.3º de la Ley del 82, y tras una atenta lectura de su escueto articulado, podemos concluir que no existe indicio alguno, -y menos expreso, como exige el Código Civil-, que permita sostener que la mencionada ley disponga una prohibición de la prueba en contrario, de ahí su carácter *iuris tatum*⁶⁰², no obstante, existen autores que niegan tal consideración y entienden que se trata de una auténtica presunción *iuris et de iure*⁶⁰³.

Si la naturaleza jurídica de la presunción, a nuestro

⁶⁰²BELLO LANDROVE, F. ("Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes", RGLJ, 1986, Tomo I, pág.710,) considera igualmente que por aplicación del art.1251 del Código civil, la presunción del art.9.3º de la L.O.1/1982 es "iuris tantum".

Una opinión semejante es la defendida por HERRERO-TEJEDOR, F. (*Honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.269), si bien con un pequeño matiz por cuanto considera que desde el punto de vista práctico "la acreditación de inexistencia de daño moral dada su inmaterialidad, se convierte en una probatio diabólica que la acerca en realidad a la presunción *iuris et de iure*, siempre que se acredite la existencia de intromisión ilegítima"; LETE DEL RÍO, J.M., *Derecho de la persona*, op.cit., pág.233.

⁶⁰³Así es considerada por DE LA VÁLGOMA, Mª., "Comentario a la L.O. de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" op.cit., pág.670.

En el mismo sentido se pronuncian, SERRANO ALBERCA, J.M., "Comentario al art.18 de la Constitución", op.cit., pág.362 ; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, op.cit., pág.208; PLAZA PENADES, J., *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág.84.

juicio, está clara, no puede afirmarse lo mismo de su alcance pues existe la duda acerca de su virtualidad respecto de los daños patrimoniales impropios.

Partiendo del principio *ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*, podría pensarse que la presunción alcanza al daño producido por la intromisión ilegítima cualquiera que éste sea, moral y patrimonial indirecto.

Esta apreciación, además, parecería venir corroborada, en cierto modo, por la *mens legislatoris* reflejada en la Exposición de Motivos en la medida en que en la misma se nos dice que "en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de ilícitos".

Se trata, sin embargo, de una afirmación controvertida ya que existen las más variadas posturas al respecto, algunos autores confieren un valor *iuris et de iure* a la presunción del daño moral y *iuris tantum* a la de daños materiales⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴En este sentido, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L. (*Honor, intimidad e imagen*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996, pág.171) afirma literalmente que: "Creo que cabe destruir la presunción relativa a la existencia de perjuicio material, mediante prueba en contrario, no así la atinente al daño moral que deviene incuestionable una vez que se acredite la producción de la intromisión ilegítima".

Si bien los dos argumentos anteriores, -la no distinción del legislador y el tenor de la Exposición de Motivos-, son válidos no son concluyentes porque no puede olvidarse que estamos ante un supuesto de duda, y en tal caso conviene recordar la doctrina de la presunción del daño en relación con el art.1214 CC a tenor del cual " incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone".

En este sentido, compartimos la opinión de MARTIN CASALS Y SALVADOR CODERCH, quienes, sin pronunciarse sobre la naturaleza concreta, consideran que una adecuada interpretación del art.9.3 debe llevar a la conclusión de que la presunción del daño se refiere exclusivamente al daño moral.

Estos autores basan tal afirmación en dos razones: "1)En su aspecto de <<daño>> el moral es el perjuicio que se deriva de la lesión de un interés jurídicamente protegido. La indemnización del daño moral se ha debatido siempre entre el campo de la sanción penal y el de la indemnización de carácter civil. Históricamente la protección de muchos de los intereses que actualmente se tutelan mediante acciones indemnizatorias se encomendaba al Derecho penal mediante sanciones que tenían funciones de prevención general y especial, funciones que la doctrina dominante entiende sólo limitadamente propias del Derecho civil de daños.

Ese trasvase de uno a otro campo ha permitido extrapolaciones que se manifiestan más claramente en unos ordenamientos que en otros. Una de ellas es la presunción del daño; acreditado el hecho ilícito, debe imponerse la sanción. La presunción del daño moral se explica, pues, en parte, por esa tutela penal originaria que acarrea elementos extraños al campo del Derecho civil en el que los daños, como regla, no se presumen.

2. La presunción del daño moral también se explica tanto por la dificultad de su prueba y cuantificación como porque los costes que provocaría la obtención de información podrían ser tan desmesurados que convertirían la prueba en algo económicamente prohibitivo (...)"⁶⁰⁵.

A mayor abundamiento establecen que "en su aspecto de <<moral>> el daño es el perjuicio a un interés jurídicamente protegido para el que no se admite un mercado o, simplemente, para el cual no lo hay. No se admite el mercado porque el interés protegido se considera indisponible; se configuran así determinados derechos como irrenunciables, inalienables o imprescriptibles: tienen ese carácter los derechos de la personalidad como, entre otros, el derecho moral de autor (art.14 LPI) y los derechos tutelados por la LO 1/1982

⁶⁰⁵MARTÍN CASALS, M., SALVADOR CODERCH, P., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989", CCJC, 1989, n°21, págs.757-758.

Se pronuncia también a favor de esta interpretación, CARRASCO PERERA, A., "Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993", CCJC, sept-dic.1993, n°33, pág.1109; RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.Mª., *El derecho al honor de las personas jurídicas*, op.cit., pág.135, nota 189.

(art.1.3).

Si no existen impedimentos legales para la formación de un mercado, su existencia o inexistencia está determinada por el grado de evolución social y económica. El paso a una economía de servicios genera una tendencia a la patrimonialización de daños que tradicionalmente eran considerados como no susceptibles de valoración pecuniaria y, por lo tanto, como morales (...).

Al menos en términos estadísticos, es razonable afirmar la valorabilidad indirecta (por ejemplo, en términos de costes de oportunidad) de muchos de estos daños (por ejemplo, ¿cuánto más ganan quiénes ejercen profesiones que generan normalmente mucha ansiedad en relación a lo que ganan funcionarios de vida tranquila? ¿cuánto quienes no se toman más que una semana de vacaciones al año?, etc.). Pero es forzoso reconocer que esta valoración no es siempre posible de realizar con una aproximación razonable en los casos individuales y que, en muchas ocasiones, es muy costosa.

Por todas estas razones, la ley establece una presunción del daño moral en atención a lo que sucede en la mayoría de los casos: se estima que una intromisión ilegítima conlleva siempre daño moral. Si el resarcimiento en forma específica (difusión de la sentencia, réplica) no es suficiente, deberá indemnizarse pecuniariamente; y, a pesar de lo que pudiera concluirse de la interpretación literal de la ley, los daños patrimoniales

deberán ser probados."⁶⁰⁶.

Esta interpretación, por lo demás, creemos que es la más coherente con el sistema de responsabilidad civil, uno de cuyos pilares de asienta precisamente en la acreditación de la existencia de daño, porque es preciso retener que la presunción *iuris tantum* no implica exención de la prueba⁶⁰⁷, sino más bien inversión de la carga de la prueba. Como advirtió GOMEZ ORBANEJA, parafraseando a Rosenberg, "las presunciones no son normas de prueba sino de carga de la prueba", de lo que se deduce que no excluyen la prueba de lo contrario⁶⁰⁸, que es una auténtica prueba principal⁶⁰⁹.

No obstante, debemos poner de manifiesto que esta conclusión no concuerda con la orientación seguida

⁶⁰⁶MARTÍN CASALS, M., SALVADOR CODERCH, P., "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1989", op.cit., págs.758-759.

⁶⁰⁷Vid. SANTOS BRIZ, J., *Código Civil comentarios y jurisprudencia*, Edit.Comares, Granada, 1991, pág.587; MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, Edit.Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, Tomo II, Vol.1º, pág.211; GUASP, J., *Derecho procesal civil*, Edit.Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, págs.445-446.

⁶⁰⁸GOMEZ ORBANEJA, J., *Derecho Procesal civil*, op.cit., pág.305.

⁶⁰⁹En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, (*Derecho Procesal civil*, op.cit., pág.289) afirma que "en el caso de que el hecho esté favorecido por una presunción, (por ejemplo el daño en la intromisión ilegítima), no basta con hacer dudar al juez de la existencia del daño, sino que habrá que convencerle de la no existencia del daño, y esta prueba no es contraprueba, sino prueba principal, y por tanto exige prueba plena".

DE LA PLAZA, M., *Derecho procesal civil*, Edit.Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1951, Vol.I, pág.525.

Por el contrario, SERRA DOMÍNGUEZ, M., ("Comentario al art.1251 del Código Civil", en *Comentario del Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, Tomo II, pág.419), considera que no es una prueba principal, es una contraprueba con lo que basta con que se introduzca la duda en el ánimo del juzgador.

recientemente por nuestro Tribunal Constitucional por cuanto ha señalado que resulta evidente a tenor del art.9.3 del Ley Orgánica 1/1982 que "la compañía en cuestión no venía obligada a probar la existencia de un daño patrimonial en sus intereses como consecuencia de la publicación de dicho reportaje. Bastaba con constatar una intromisión en el honor de la entidad recurrente"⁶¹⁰.

⁶¹⁰Cfr. Fundamento jurídico 6° de la STC 139/1995, de 26 de septiembre.

El Tribunal Supremo no se ha manifestado expresamente sobre esta cuestión a excepción de la Sentencia de 15 de abril de 1989 (Ar.3260) en cuyo fundamento jurídico 3° nos dice que se trata de una presunción *iuris et de iure*.

No obstante, un análisis conjunto de la jurisprudencia vertida en este punto induce a pensar que identifica la presunción del daño con la presunción, exclusivamente del daño moral. Posicionamiento que, atendidas las razones expuestas en el texto, no podemos compartir.

III.-LA INDEMNIZABILIDAD DE LOS DAÑOS CAUSADOS A ESTE TIPO DE DERECHOS:

Uno de los problemas más fascinantes en materia de responsabilidad civil lo constituye, a nuestro juicio, precisamente el reconocimiento y justificación de los daños inferidos al patrimonio moral de una persona, porque el daño en sentido jurídico no puede quedar reducido hoy al menoscabo de intereses económicamente valorables.

Además, habida cuenta del notable aumento de los daños no patrimoniales, si el Derecho no se hubiese ocupado de ellos se habría renunciado a dar relevancia jurídica a un aspecto de la vida humana cada vez más importante⁶¹¹. En este sentido, aparte de la LO 1/1982, cada vez es más prolijo el número de leyes que contemplan específicamente el resarcimiento de los daños morales⁶¹². A título meramente ilustrativo baste señalar que la Ley sobre Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor⁶¹³ en su art.1.2 dispone la

⁶¹¹Cfr. MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la L.O.1/1982", en la obra colectiva *Centenario del Código Civil*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pág.1232.

⁶¹²Así, por ejemplo, con anterioridad a la misma la LPJDF en su artículo 4.5 establece que "la indemnización por perjuicios materiales y morales será fijada en la sentencia expresamente".

⁶¹³Texto refundido de 21 de marzo de 1968, adaptado al ordenamiento comunitario europeo por RDL de 28 de junio de 1986, y modificado por la Disposición Adicional 8ª de la Ley de 8 de noviembre de 1995, de Ordenación del Seguro Privado.

indemnizabilidad de "los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos y previsibles o que conocidamente deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, (...)"; el Código Penal en su art.113 establece que "la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros", asimismo, el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual en su art.133 prescribe que "el titular de los derechos reconocidos en esta Ley, sin perjuicio de otras acciones que le puedan corresponder, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de los daños materiales y morales causados en los términos previstos en los artículos 134 y 135" y, el art.135 dispone que "el perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera podido percibir de haber autorizado la explotación. En caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico",

Sin embargo, hay que decir que esto no ha sido siempre así, es más bien el fruto de una ardua conquista cuyo comienzo

podríamos situarlo a comienzos del presente siglo⁶¹⁴. DE CASTRO ha puesto de relieve, magistralmente, cómo el Derecho codificado, influenciado por el positivismo jurídico (que ha tendido a separar el Derecho de la Moral) y por el pensamiento capitalista (partidario de la eliminación de todo lo no medible en dinero), centró su atención en los bienes económicos relegando a segundo plano la problemática de los bienes de la personalidad⁶¹⁵.

En consonancia con esa concepción no puede asombrarnos que la mentalidad de esa época considerase la indemnización de los daños morales no sólo inviable, -por no ser valorables en dinero-, sino también impertinente, -por entender que hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas para poder ser puestas en vigor mediante el rudo método de indemnizarlas en caso de violación, y que los sentimientos ofendidos encuentran mejor protección si acaso en el Derecho moral y en la opinión favorable-.

En España la premonitoria Sentencia de 6 de diciembre de 1912⁶¹⁶ supuso, por vez primera, el reconocimiento del daño

⁶¹⁴Sin perjuicio de que, como advierte YZQUIERDO TOLSADA, M. (*Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Edit. Reus, Madrid, 1993, págs.195 y ss.), el derecho romano en su última época llegó a admitir la reparación de múltiples casos daño moral, (honor, sentimientos religiosos, privación de tranquilidad, agresiones a la pietas debida al testador, etc).

⁶¹⁵Cfr. DE CASTRO, F., "Los llamados derechos de la personalidad", op.cit., págs.1238-1239.

⁶¹⁶RGLJ, T.124-3, núm.95.

moral. Este pronunciamiento tuvo su origen en la publicación en el periódico "El Liberal" de una noticia, bajo el título "Fraile raptor y suicida", según la cual una joven de 16 años se había fugado del hogar paterno con un fraile de quien "había tenido escandalosa sucesión". Conforme a lo afirmado en el periódico, el religioso posteriormente se había suicidado a la salida del pueblo, después de que ambos fuesen sorprendidos por un pariente de la joven. La noticia resultó ser falsa y el Tribunal tuvo la oportunidad de desarrollar una doctrina que por su novedad sorprendió a los juristas de la época, convencidos del imposible éxito de la demanda.

Con esta Sentencia se sentaba un "precedente" en nuestro Derecho que habría de seguirse con posterioridad en numerosas decisiones judiciales, de ahí su notable trascendencia.

Positivamente, su importancia proviene de la forma en que el Tribunal removi6 los obstáculos que impedían el reconocimiento del daño moral debidos, en cierta medida, a la mentalidad de los juristas de la época, formados en la tradición romanista, uno de cuyos principios era *poena non irrogatur, nisi exprese iure caveatur*, pero sobre todo, a la carencia de un precepto legal en el Código Civil que amparase el honor de las personas y sancionase su lesión.

Este vacío normativo, precisamente, sería aprovechado por el demandado para defender la improcedencia de la indemnización

de ese tipo de daños.

Sin embargo, la falta de regulación explícita fue subsanada por el Tribunal Supremo acudiendo a "los principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos pero ya preexistente que definen el daño en sus diversas manifestaciones", lo que no implica, como podría pensarse en un principio, confundir "las atribuciones del Poder Judicial con el Poder Legislativo , porque para ello sería necesario que se declarase en disposición abstracta o de carácter general un derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí, porque el juzgador valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de justicia universal, se limita como intérprete de la ley, a explicar mejor principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos pero ya <<preexistentes>> que definen el daño en sus diversas manifestaciones".

En la búsqueda de tales principios, el Tribunal recuperó, como "ley cuya aplicación ha sido tradicional en España", la Ley 21, Título 9, de la Partida 7ª "Cualquier que reciba tuerto o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras, qual más quisiere. La primera que paga el que lo desonrra, enmienda en pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le fizo el tuerto que sea escarmentado por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no deve ome recibir dos penas por ende. E desque ouire escojido la una, no la puede dexar é pedir la otra".

A primera vista, también podría parecer incorrecto recurrir a las leyes llamadas "Las siete Partidas" por haber sido derogadas expresamente por el Código Civil, pero el error desaparece en virtud del razonamiento llevado a cabo por el propio Tribunal al advertir que no las considera vigentes pero se sirve de ellas, amparándose en el art.6 del Código Civil⁶¹⁷, por contener principios vivos en el Derecho español, principios generales que sirven para interpretar y completar las leyes en defecto de ley y costumbre.

Debemos precisar con respecto a esta Sentencia, pionera en el tema que nos ocupa, que lo que en realidad se estaba indemnizando no era tanto el daño moral, en sentido propio, como el daño moral impropio consistente en los efectos patrimoniales del acto lesivo, ya que, y habida cuenta de la época en que se dictó la misma, era de suponer que la joven encontraría serias dificultades para contraer matrimonio y, consiguientemente, ingresar en su patrimonio la correspondiente dote; como advierte el Supremo "estos daños traen en pos de sí daños materiales, y que, a no proveerlos o corregirlos, privarían siempre al ofendido de bienes de carácter temporal".

Aún tratándose de la satisfacción de un daño moral

⁶¹⁷ Concretamente el tenor literal de este artículo establecía que: "El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la leyes incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

impropio, este pronunciamiento supuso un claro avance hacia el reconocimiento de los daños morales puros que no tardaría mucho en producirse⁶¹⁸, puesto que la Sentencia de 14 de diciembre de 1917 repara, sin acudir a quebranto patrimonial alguno, el menoscabo causado en la fama y reputación profesional de un médico por su injustificada expulsión del seno de una corporación profesional⁶¹⁹.

No obstante lo evidente del reconocimiento jurisprudencial, los autores contemporáneos se mostraron más reacios a su admisión, GAYOSO ARIAS resume perfectamente los prejuicios doctrinales de la época cara al reconocimiento del daño moral independientemente de cualquier otro, "porque la reparación es imposible y *ad imposibilem nemo tenetur*"⁶²⁰. Además, argumenta que "al que tiene derecho a una cosa, no hay que darle otra distinta, o esencialmente diversa, cuando no se le puede dar la primera; que la justicia iguala el deber con

⁶¹⁸Así, por ejemplo, PUIG BRUTAU, F. (*Fundamentos de Derecho civil*, op.cit., Tomo II, Vol.III, pág.188) nos dice que "A partir de ese momento la evolución de la jurisprudencia viene marcada por la constante y reiterada ampliación del ámbito de los daños morales", la progresión de la jurisprudencia la resume esquemáticamente de este modo: La sentencia de 6-12-1912 siguiendo con la 14-12-1917 (reputación profesional de un médico), la de 12-3-1928 (difamación de una mujer con medios publicitarios), la de 31-3-1930, (en un caso de daños al crédito y buena fama de un comerciante), la de 25-6-1945 (de nuevo sobre el honor mercantil), etc.

⁶¹⁹RGLJ, Tomo 141, núm.947.

⁶²⁰Cfr. GAYOSO ARIAS, R., "La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo", *R.D.Priv.*, 1918, pág.328. Más categórico se muestra en la nota 8 de esa misma página en la que afirma que: "Además, no estaría objetivamente determinada la cuestión de la lesión, porque ¿cuánto dinero vale la vida, la fama de éste o aquél?. No hay base fija, todo es arbitrario, lo que es excluyente de la igualdad *inter rem et rem*, característica de la justicia. La opinión contraria conduce a sostener con Billuart que a veces hay que indemnizar con dinero al culpable oculto difamado, nunca al inocente, lo cual es absurdo".

el derecho, quod objectum, y aquí en tal débito falta la correspondencia objetiva con el derecho correlativo que mira a otra cosa, no a la que se supone materia de aquél", puesto que considera que el dinero es "absolutamente impertinente y dispar respecto de cosas de otro orden, que no pueden, sin rebajarlas, compararse con él, y menos la fama y el honor, que en concepto público, que es en lo que precisamente consisten, son en cierto modo antitéticos de los dineros, en términos que el que éstos los tasan y cobre demuestra cabalmente no tenerlos y se deshonra a los ojos de todos, y lejos de reparar así su honra y su buen nombre escarnecidos"⁶²¹.

Afortunadamente, la mentalidad ha cambiado y la indemnizabilidad de este tipo de daños es aceptada por el legislador y en gran medida por la doctrina, puesto que los principales obstáculos para su reconocimiento han sido removidos en atención a la necesidad de proteger a la persona al máximo, que revela que "la sumas dinerarias obtenidas a través de las reclamaciones civiles ofrecen hoy una congruencia de la que carece la condena penal"⁶²². En este sentido, para su justificación se pone el acento no en la reparación, la cual sigue siendo imposible, sino en la idea de compensación: La indemnizabilidad de los daños morales no se entiende como una verdadera reparación, puesto que ni es posible su reparación específica, ni genérica, pero se entiende que "antes de dejar

⁶²¹Ibidem, págs.328-329.

⁶²²LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Intimidad, honor, y propia imagen ante la responsabilidad civil", op.cit., pág.539.

sin nada al lesionado, es preferible concederle un sustitutivo, una suma dineraria"⁶²³, de lo que se colige la aceptación de la indemnización con relación a este tipo de daños como una compensación⁶²⁴.

⁶²³ALBALDEJO, M., *Derecho Civil*, op.cit., T.II, vol.2°, pág.535.

⁶²⁴Por todos vid.: ALBALDEJO, M., *Derecho Civil*, op.cit., T.I, vol.2°, págs.533-535, Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho Civil*, op.cit., vol.I, pág.828; RIVERO HERNÁNDEZ, F., "Presupuestos de la obligación de reparar. El daño", en J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, op.cit., T.II, vol.2°, pág.480-481.

IV.-CONCEPTO DE DAÑO MORAL Y DAÑO PATRIMONIAL INDIRECTO:

Indagar el sentido de la expresión daño moral, según la expresión utilizada por el legislador, resulta más que necesario puesto que el art.9.3 si bien reconoce su indemnizabilidad, -"la indemnización se extenderá al daño moral"-, zanjando con ello una importante discusión doctrinal, evita hacer especificaciones en punto a su contenido concreto.

La dificultad de definir satisfactoriamente el daño moral, que se encuentra ya en la propia terminología⁶²⁵, provoca como resultado que la mayoría de los conceptos que nos son dados recurran, irremisiblemente, a lo que podríamos llamar descripción por exclusión, es decir, partiendo del concepto de daño patrimonial, cuyo contenido es más fácilmente abarcable, se especifica ulteriormente el daño moral⁶²⁶.

⁶²⁵Sin entrar en profundidad en esta batalla lingüística, sí debe ponerse de relieve la existencia de muy diversas expresiones para hacer referencia a lo que nosotros denominamos daño moral, así se han empleado términos como daño no patrimonial, daño extrapatrimonial, etc.

Un ejemplo de dicha disparidad fue puesto de relieve por GARCÍA SERRANO, F.A. ("El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", ADC, 1972, págs.802 y 803 y 807), para quien es preciso distinguir entre daños extrapatrimoniales y daños morales partiendo de la observación de que la persona aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma cuyos componentes no tienen valor traducible a términos monetarios. Desde esta perspectiva considera que confundir ambos tipos de daños implicaría, o bien pensar que la parte incluye al todo, lo cual es absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inícuo, y ello porque la categoría de daño moral debe considerarse como una parcela de los daños extrapatrimoniales. El daño extrapatrimonial engloba los daños físicos a la persona humana y los denominados daños morales, de lo que infiere que la mejor definición de daño moral sería: el daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico.

⁶²⁶Así lo han puesto de relieve ALVAREZ VIGARAY, R., "La responsabilidad por daño moral", op.cit., pág.81 y ss.; BARRAGÁN ROMERO, G., *Elementos del Daño Moral*, Edit.Edino, Guayakil, 1995, págs.81 y ss.; ROMERO COLOMA, M^aA., *Los bienes y derechos de la personalidad*, op.cit., pág.113; DI MAJO, A., *La*

Hasta tal punto está extendida la configuración negativa del daño que PACCHIONI afirma que parece existir un acuerdo en la doctrina a la hora de definir el daño moral por contraposición al patrimonial⁶²⁷.

Participan de esta consideración autores como MAZEAUD que lo define como aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio⁶²⁸.

DE CUPIS, partiendo de que el daño privado puede ser patrimonial o no patrimonial, dependiendo del objeto sobre el que recaiga, entiende por daño no patrimonial, (que suele llamarse moral por la traducción de la expresión francesa "dammage moral"), "aquel daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial por tener por objeto un interés no

tutela civile dei diritti, Edit.Giuffrè, Milano, 1993, Vol.III., pág.236.

Por su parte, otros autores aún teniendo en cuenta este modo de proceder, advierten sobre los inconvenientes de este tipo de construcciones así GARUTTI, M., MACIOCE, F., "Il danno da lesione dei diritti della personalità. Profili generali", *Ras.Dir.Civ.*, 1984, n°1, pág.63. Más recientemente, GIANNINI, G. (*Il risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza*, Edit.Giuffrè, Milano, 1991, pág.260-261) afirma que cuando de hecho se ha intentado dar una definición positiva "come danno che sfugge per il suo contenuto etico ad una precisa valutazione, giacchè non si presta ad una determinazione del suo ammontare mediante criteri obiettivi ne é venuto fuori un concetto tanto sfumato ed elastici da essere inutilizzabile nella prassi giudiziaria". Tanto es así que la jurisprudencia italiana opera con un concepto negativo de daño; en este sentido, vid. VISINTINI, G., *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Edit.Cedam, Padova, 1967, págs.667 y ss.

⁶²⁷Cfr .PACCHIONI, "Danni morali", *R.D.Commerciale*, 1911-1912, pág.240, citado por ALVAREZ VIGARAY, pág.81.

⁶²⁸Cfr. MAZEAUD, H., *Lecciones de Derecho civil*, Parte 2ª, Vol.II, (traducción de Alcalá-Zamora Y Castillo), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, págs.67 y ss.

patrimonial, o sea, guarda relación con un bien no patrimonial"⁶²⁹.

DE ANGEL define los llamados daños morales como los que son infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, o la salud física o psíquica; en suma, lo que se suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales⁶³⁰.

Esta forma de conceptuar el daño atendiendo al carácter extrapatrimonial de los los bienes lesionados, es común en la doctrina. Así, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, afirman que bajo la denominación daño moral "se comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona, son por así decirlo daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tenga también una repercusión en el patrimonio"⁶³¹.

⁶²⁹DE CUPIS, A., *El daño*, op.cit., pág.120-123.

⁶³⁰Cfr. DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, op.cit., pág.675.

⁶³¹DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, op.cit., Vol. II, pág.601.

En el mismo sentido, ROGEL VIDE, C. (*La responsabilidad civil extracontractual*, op.cit., pág.63) afirma que el daño moral es la lesión a algunos de los derechos calificados de primordiales, derechos de la personalidad tales como, el derecho al nombre, a la propia imagen, al honor o a la intimidad. CASTÁN, J. (*Derecho Civil español común y foral*, Edit.Edersa, 1988, Tomo III, pág.276) se refiere a aquellos que afectan a bienes inmateriales de la personalidad -como la libertad, la salud, el honor- extraños al patrimonio y que no repercuten como vemos de modo directo sobre éste.

CRISTÓBAL MONTES, A., "El daño moral extracontractual", *R.D.Priv*, 1990, pág.3; BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Edit.Giuffrè, Milano, 1983, págs.67 a 70, concretamente en esta última nos dirá que "un bene è patrimoniale se si presta ad valutazione, oggettiva, in termini pecunarii; la modificazione peggiorativa di questo bene concreta un danno patrimoniale. Per

A estas definiciones, como puso de relieve ROVELLI, se les puede reprochar el inconveniente de que el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produce, así un derecho no patrimonial puede llevar consigo daños patrimoniales y viceversa, el daño inferido a un derecho patrimonial puede acarrear daños morales⁶³².

Pero quizá, el mayor detractor de esta fórmula de definir el daño es SCOGNAMIGLIO, para quien una definición negativa sólo puede admitirse cuando se trata de operar en una esfera de fenómenos homogéneos, como podría parecer puesto que se trata siempre de daños. Sin embargo, hace notar este autor, es bastante pacífica la consideración de que los daños patrimoniales y aquellos no patrimoniales constituyen fenómenos del todo diversos. Es más, considera superada la distinción entre daño patrimonial y no patrimonial, sustituyéndola por daños jurídicamente relevantes y daños morales. Los primeros pueden ser personales o patrimoniales y como tales son resarcibles en todo caso, mientras que los segundos (en el

converso, se il bene sul quale va ad incidere l'alterazione *in peius* no tollera una traduzione monetaria sulla base di un criterio oggettivo, quel bene, qualificabile non patrimoniale, diffonde il medesimo attributo al danno"; FLOUR, J., AUBERT, J-L., *Les obligations. 2.-Le fait juridique*, Edit.Armand Colin, Paris, 1989, pág.133 señalan que "la seule définition que l'on puisse en donner est négative: c'est celui que ne porte pas atteinte au patrimoine" y siguen diciendo que "La souffrance résulte parfois d'une atteinte á un droit extrapatrimonial assez précis: à un de ces droits que l'on qualifie volontiers droits de la personnalité ou droits primordiaux de la personne".

⁶³²Cfr. ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *Riv.Dir.Privato*, 1933, págs.270 y ss.

sentido de no patrimoniales), son excepcionalmente relevantes (lo cual tiene sentido en el Derecho italiano, a tenor del art.2059 Codice Civile⁶³³ según el cual sólo se resarcen cuando se prevean expresamente)⁶³⁴.

Partiendo de las premisas anteriores SCOGNAMIGLIO identifica el daño moral con la esfera psíquica del sujeto, al conjunto de sus sentimientos, afecciones, etc⁶³⁵.

Esta identificación con el dolor, los sufrimientos, estado anímico en general, también está extendida en un importante sector doctrinal. Así RUGGIERO se refiere a "la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona"⁶³⁶, y ROVELLI "al dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por acto ilícito"⁶³⁷.

A nuestro juicio esta conceptualización es la que mejor responde a lo que en la práctica se entiende por este tipo de daños. En sentido, consideramos oportuno reproducir

⁶³³El tenor literal del art.2059 es el siguiente: "Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge".

⁶³⁴Cfr. SCOGNAMIGLIO, R., "Il danno morale", *Riv.Dir.Civ.*, 1957, pág.279-281.

⁶³⁵Cfr. SCOGNAMIGLIO, "Il danno morale", op.cit., pág.296.

⁶³⁶DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, Edit.Reus, Madrid, 1977, (traducción española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tiejeiro), Tomo II, pág.65.

⁶³⁷ROVELLI, "La risarcibilità dei danni non patrimoniali", op.cit., pág.271.

literalmente el considerando 7° de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984: "La construcción del daño moral como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta Sala; Así, actualmente, predomina la idea del <<daño moral>> representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata o bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc). De ahí que ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del <<lucro cesans>> y/o del <<damnum emergens>>, la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro Derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado -sentencia de 31 de mayo de 1983 (R.2956) y las en la misma citadas-. "⁶³⁸

⁶³⁸Ar.1145, 1986.

Por lo que se refiere a los daños patrimoniales indirectos, que pueden conceptuarse como aquéllos que, a través de la lesión de bienes inmateriales, trascienden a valores del patrimonio, si bien no se reconocen expresamente en la Ley, puesto que sólo se mencionan en la Exposición de Motivos, ("en lo que respecta a la indemnización de perjuicios, se presume que éstos existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo la de los perjuicios materiales, sino también la de los morales, de especial relevancia en este tipo de ilícitos"), consideramos que en este ámbito pueden igualmente ocasionarse⁶³⁹, pensemos, por ejemplo en una campaña de descrédito a un profesional liberal, la cual puede redundar en una efectiva pérdida de clientes, que se traduce irremisiblemente en una pérdida económica, de ahí su indemnizabilidad en el caso de que resulten probados.

⁶³⁹También denominados daños morales patrimoniales, entre otros, por PACCHIONI, "Il risarcimento dei danni nel progetto franco-italiano di Codice delle obbligazioni", pág.79, o "consecuencias patrimoniales del daño no patrimonial", BARBERO, D., *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, Torino, 1958, pág.806, ambos autores citados por DI MAJO GIAQUINTO, A., "Profili dei diritti della personalità", RTDPC, 1962, pág.103.

V.-CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO:

La valoración de perjuicios supone la reducción del daño a unidades monetarias, siendo ésta una operación necesaria de la que no puede eximirse el juzgador alegando su dificultad⁶⁴⁰.

1.-VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL

El legislador del 82 consciente de la dificultad que entraña la valoración del daño moral pone al servicio, fundamentalmente, del juzgador, una serie de criterios. El art.9.3 establece al efecto que "la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de las misma", lo que implica que se atenderá a la entidad del daño midiéndola por la gravedad, la cual se juzgará teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, especialmente la difusión.

⁶⁴⁰Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J., "La reparación del daño" en LACRUZ, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, op.cit., Tomo II, vol.2º, pág.506.

Por lo que se refiere a la primera parte de este precepto, cabe señalar que no supone novedad alguna por cuanto se limita a recoger en términos de gran amplitud criterios ya utilizados por los Tribunales, en su tarea cotidiana de solución de conflictos mediante la aplicación de las normas al caso concreto. Resta, sin embargo, añadir que la ponderación de "la difusión del medio empleado" sólo será de utilidad con relación a aquellas intromisiones ilegítimas que sean susceptibles de difusión, concretamente los supuestos contemplados en los números 3, 4 y 7 del art.7.

Más problemático resulta, sin embargo, el último inciso del art.9.3º al remitirse como criterio de valoración "al beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma"⁶⁴¹, por cuanto, en principio, la utilización de este parámetro -el beneficio obtenido-, constituye un elemento extraño a las acciones de responsabilidad civil.

En este sentido, ROJO AJURIA afirma que el introducir la noción de reparto de beneficios entre demandante y demandado, además de ser un elemento perturbador de la responsabilidad

⁶⁴¹Como ha puesto de relieve RODRÍGUEZ GARCÍA, C-J. ("La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1989", AC, 1990-3, págs.482) este precepto resulta una norma cuando menos curiosa.

civil, puede ser un curioso incentivo para la litigiosidad⁶⁴². IGARTUA ARREGUI enjuicia, asimismo, de forma negativa el contenido de la Ley del 82 en este punto por entender que "se trata de una pauta ajena a nuestro sistema de responsabilidad civil", ya que "la acción de daños debe dirigirse a repararlos y no a recuperar el beneficio del infractor", y añade que "para ello existen otras vías como por ejemplo la acción de enriquecimiento injusto"⁶⁴³.

En una dirección semejante discurre la opinión de PANTALEÓN, y así señala que no es función de la responsabilidad civil extracontractual evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa, ya que esta es una de las funciones de la institución del comiso (art.48 C.P.), cuyo juego debería extenderse de lege ferenda, a la privación de beneficios que logren las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos por sus órganos o dependientes en el ejercicio de su actividad (art.137 Propuesta de Anteproyecto de C.P. de 1983)"⁶⁴⁴. Por ello califica de "muy desafortunado" el inciso del art.9.3º "sólo es comprensible por el hecho de que la sanción de la privación de beneficios ilícitamente obtenidos por las personas jurídicas

⁶⁴²Cfr. ROJO AJURIA, L., "La tutela civil de la intimidad", op.cit., pág.146.

⁶⁴³IGARTUA ARREGUI, "La protección civil del honor y la intimidad", *PJ*, 1987, nº5, pág.555.

⁶⁴⁴PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art.1902 del Código Civil", op.cit., 1972-1973.

no tiene aún carta de naturaleza en nuestro Derecho"⁶⁴⁵.

Ahora bien, no todo han sido críticas a este criterio de valoración, ESTRADA ALONSO lo considera acertado porque "si bien es cierto que un sistema de fuertes indemnizaciones puede provocar el enriquecimiento personal de algunas personas que por su fama o imagen pública son atacadas reiteradamente en algunos medios de comunicación, entre la máxima y la mínima indemnización debe establecerse un término medio que impida la rentabilidad de la dignidad ajena"⁶⁴⁶.

Una buena acogida le ha dispensado también MARTÍN CASALS quien entiende que lo que establece el legislador es una pretensión de enriquecimiento injusto englobada dentro de una acción de daños, creemos que no va desencaminado cuando afirma que la idea que late en el fondo de la valoración del beneficio obtenido es la de que no puede resultar más barato la utilización ilícita de un derecho ajeno que su utilización legítima, y ello porque la intromisión en cualquiera de estos tres derechos puede generar además de un daño patrimonial y moral a quien lo sufre un beneficio patrimonial para quien lo realiza⁶⁴⁷.

⁶⁴⁵Ibidem, pág.1973.

⁶⁴⁶ESTRADA ALONSO, E., "El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, op.cit., pág.193.

⁶⁴⁷Cfr.MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación en la L.O.1/1982", op.cit., págs.1272 y 1273.

Por nuestra parte, convenimos con aquellos autores que han recibido positivamente la ponderación del beneficio como un elemento más de juicio para poder determinar el montante indemnizatorio. A nuestro juicio, su inclusión no se puede entender como un comiso, ni tampoco como una participación en los beneficios, sino que de lo que se trata es de que nunca, a pesar de indemnizar el daño, pueda salir beneficiado el autor del mismo. A tal fin, la ponderación del beneficio resulta de gran utilidad no sólo para poder establecer una indemnización en la que la persona causante del daño siempre salga perdiendo, sino también como elemento disuasor de la producción de intromisiones.

Por lo que se refiere a los daños morales derivados de un tratamiento automatizado ilegítimo de datos de carácter personal y, a falta de una previsión en la LO 5/1992, de 29 de octubre, consideramos aplicables los criterios anteriores, si bien como complemento podrían utilizarse en este ámbito los elementos de que se sirve la mencionada Ley para fijar el importe de las multas que pueda ocasionar una conducta contraria a sus prescripciones, esto es, el volumen del tratamiento efectuado, los beneficios obtenidos y el grado de intencionalidad o reincidencia, dejando constancia eso sí que ello no implica confundir la finalidad de la sanción con la de la indemnización, la primera es punitiva al paso que la segunda es reparadora.

2.-VALORACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL INDIRECTO

A su vez, y sólo en el supuesto de que se produzcan daños patrimoniales indirectos, que en todo caso deberán ser probados, consideramos adecuada la aplicación del régimen común de valoración que se contiene en el Código Civil⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸Sobre la aplicación concreta del art.1902 y de los arts.1106 y 1107 CC no podemos pronunciarnos por exceder con mucho la investigación que nos hemos propuesto, simplemente señalar que se trata de una polémica que se produce cada vez que se trata de extrapolar la aplicación de un precepto de responsabilidad contractual al ámbito de la responsabilidad extracontractual. En este sentido vid. MANRESA Y NAVARRO, J.Mª., *Código Civil español*, Edit.Reus, Madrid, 1951, Tomo XII, pág.648; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op.cit., Tomo II, vol.2º, pág.526; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Comentario al art.1106 del Código Civil" y "Comentario al art.1107 del Código Civil", ambos en *Comentario del Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, págs.45 y ss, 53 y ss. y *Tratado de responsabilidad civil*, op.cit., pág.904; DELGADO ECHEVERRÍA, J., "La reparación del daño", en LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, op.cit., Tomo II, vol.2º, págs.501 y 502; ; Díez-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., Vol.II, pág.617; PANTALEÓN PRIETO, F., "Comentario al art.1902 del Código Civil", op.cit, pág.1999; YZQUIERDO TOLSADA, M., "Comentario del art.1107 del Código Civil", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Edit.Bosch, Barcelona, 1992, págs.860-864.;

VI.-POSIBILIDAD DE REVISAR EL "QUANTUM" EN CASACIÓN:

El recurso de casación ante el Tribunal Supremo, como se desprende de reiterada doctrina y jurisprudencia no es una tercera instancia, antes al contrario se trata de un recurso extraordinario, de lo que cabe colegir, en principio, la improcedencia del mismo cuando esté basado exclusivamente en la impugnación de quantum indemnizatorio. Por lo tanto, en términos generales, la valoración del daño y su traducción económica en una indemnización de daños y perjuicios corresponde a los Jueces y Tribunales de instancia.

No obstante, tal aseveración hoy es discutible, dado que el art.9.3 de la LO 1/1982, a diferencia de lo que ocurre en el art.1902, establece una serie de criterios para la valoración del daño.

En este sentido, conviene advertir que si bien la impugnación directa de la cuantía no puede ser objeto de casación, y por lo tanto no es susceptible de revisión, sucede sin embargo que, de modo excepcional, se viene admitiendo su revisión en los supuestos en los que lo que se ataca directamente son las bases de valoración que se especifican en el mencionado art.9.3.

Es más, de un tiempo a esta parte, y a pesar de algunos

pronunciamientos en sentido contrario⁶⁴⁹, se puede afirmar que la posibilidad de revisión del quantum por la vía indirecta, esto es, atacando los criterios de valoración, sólo puede ser calificada de excepcional en la medida en que supone una quiebra de la jurisprudencia general de responsabilidad, puesto que, desde el punto de vista de su operatividad en el ámbito de los derechos protegidos por la LO 1/1982, ha de reconocerse que está adquiriendo carta de naturaleza.

Desde que esta posibilidad se abriese con la Sentencia de 4 de noviembre de 1986 -en la que no se revisó el quatum "por no aparecer contrario a los cánones legales del número tres del artículo nueve"⁶⁵⁰-, y salvo algunas excepciones⁶⁵¹, pasando por la de 27 de marzo de 1987, que rebajó la indemnización de 10 a 2 millones de pesetas y que ha sido tomada en cuenta por numerosos pronunciamientos posteriores⁶⁵², parece haberse

⁶⁴⁹Como son por ejemplo las SSTS de 5 de octubre de 1987, FJ3, (Ar.6713); de 22 de junio de 1989, FJ1, (Ar.5123); de 19 de julio de 1988, FJ2, (Ar.5729) y la de 18 de abril de 1989, FJ7, (Ar.3068).

⁶⁵⁰Cfr.FJ7 *in fine*, (Ar.6205).

⁶⁵¹Como por ejemplo, la constituida por la STS de 26 de diciembre de 1991, (Ar.9599), que consideró un hecho aislado la posibilidad abierta en la Sentencia de 23 de marzo de 1987, por cuanto en su fundamento jurídico 5º sostiene que: "el motivo decae porque es un intento de destruir el <<quantum>> indemnizatorio que está encomendado a la Sala de instancia y cuyo juicio no tiene acceso a la casación a pesar del supuesto contemplado por la sentencia que se cita, de carácter absolutamente excepcional y no modificativo del criterio constante de esta Sala".

En los mismos términos nos encontramos la STS de 24 de junio de 1994, FJ4, (Ar.5325).

⁶⁵²Vid. párrafo 24 de los Fundamentos de Derecho, (Ar.1716).

Argumentación, la de esta Sentencia que, tal y como se ha avanzado en el texto se repite en las SSTS de 19 de marzo de 1990, FJ4, (Ar.1708) y de 16 de enero de 1991, FJ6, (Ar.298).

consolidado la doctrina jurisprudencial que establece que "si bien es cierto que reiterada doctrina de esta Sala tiene proclamado que la fijación del <<quantum>> indemnizatorio de los juzgadores de instancia que, en general, queda excluída la revisión casacional, al no ser este recurso extraordinario una nueva instancia, también lo es que, en materia de intromisión ilegítima en el honor de las personas, (a lo que se deben añadir los derechos a la intimidad y a la propia imagen), el art.9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, marca unas pautas valorativas del daño moral -literalmente transcritas por el Tribunal-, por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo hayan sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del <<quantum>> indemnizatorio hecha por el Tribunal de apelación"⁶⁵³.

⁶⁵³STS 15 de julio de 1995, FJ 9, (Ar.6011).

Con anterioridad pueden consultarse otras sentencias en las que se aprecia la tendencia favorable del Tribunal Supremo en el sentido apuntado, así por ejemplo las SSTS 1 de diciembre de 1987, FJ2, (Ar.9173); de 7 de marzo de 1988, FJ10, (Ar.1603); de 18 de julio de 1988, FJ4, (Ar.5726); de 11 de diciembre de 1989, FJ6, (Ar.8817); de 11 de octubre de 1990, FJ4, (Ar.7855); 4 de julio de 1991, FJ4, (Ar.5324).

VII.-ANÁLISIS DE LA POSIBLE RELEVANCIA EN ESTE ÁMBITO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL ACTO LESIVO Y EL DAÑO PRODUCIDO.

En coherencia con la postura que aquí se viene manteniendo, esto es, la aplicación supletoria del Código Civil, más concretamente del art.1902 y concordantes, debería concluirse la necesidad de existencia de un nexo causal entre la conducta constitutiva de intromisión y el daño producido, puesto que la relación de causalidad viene siendo requisito común e indispensable en el ámbito de la responsabilidad civil⁶⁵⁴.

Sin embargo, como ya hemos señalado la operatividad del Código Civil está supeditada a la existencia de una laguna u omisión en la legislación especial relativa al punto controvertido. En este sentido, parece que la omisión en la LO 1/1982 de este requisito se debe precisamente a su escasa virtualidad en la medida en que acreditada la intromisión

⁶⁵⁴Como afirmó DE COSSÍO, A. ("La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español", ADC, 1966, pág.536), "la causalidad del daño es una relación de carácter objetivo que no basta por sí sola para determinar la imputación del mismo a un sujeto, ya que ésta depende, además de la concurrencia de otros requisitos jurídicos, que unidos al de causalidad, constituyen al agente en responsable civil".

En este sentido, vid. DE ANGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, op.cit., págs.751 y ss; DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., vol.II, pág.603.

Lo mismo ocurre con relación al art.1382 del Code Civil, vid. CARBONNIER, J., *Derecho Civil*, op.cit., Tomo II., vol.III, págs.72-74.

Con relación al art.2043 del Codice Civile, vid. ALPA, G., BESSONE, M., *La responsabilità civile*, Edit.Utet, Torino, 1987, págs.155 y ss.

ilegítima el daño moral se presume⁶⁵⁵, es más para quienes consideran que dicha presunción es *iuris et de iure* la relación de causalidad no jugaría.

⁶⁵⁵En ese sentido resulta en cierto modo revelador el hecho de que la jurisprudencia apenas se plantee el problema de la causalidad, así por ejemplo en la Sentencia de 28 de febrero de 1994, FJ2, (Ar.686), lo analiza si bien con relación al prestigio profesional y además por la vía del art.1902 CC y no de la aplicación de la LO 1/1982.

CAPÍTULO V

LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

I.-MARCO NORMATIVO: ANÁLISIS PRELIMINAR DE LAS DISTINTAS ACCIONES DE PROTECCIÓN CIVIL DE LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN.

El art.9.1 de la LO 1/1982 establece que "la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el art.53,2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional". Consiguientemente, se tiene acceso no sólo a la vía contencioso-administrativa, penal y civil⁶⁵⁶, sino también al

⁶⁵⁶En este sentido, cabe traer a colación aquí el problema de la preferencia o no de la jurisdicción penal sobre la civil.

Hasta hace relativamente poco tiempo la doctrina y la jurisprudencia tenían que hacer importantes esfuerzos interpretativos para dilucidar el concreto alcance del art.1.2 de la LO 1/1982 el cual establecía que "Cuando la intromisión sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal. No obstante, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito".

En la doctrina se han preocupado de esta cuestión entre otros VIVES ANTÓN, T.S., "Libertad de expresión y derecho al honor", *RFDUG*, 1985, n°13, pág.227 y ss.; CABEDO NEBOT, R., "Sobre las acciones por difamación", *PJ*, 1986, n°2, págs.35 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S., "Mitosis, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", *PJ*, 1986, n°1, págs.14 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., "¿Necesita el Derecho Penal español un delito de indiscreción?", *PJ*, 1989, n°15, págs.12 y ss.; AUGER LIÑÁN, C., "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", *PJ*, 1990, n°XIII (especial), págs.96 y ss.

Por su parte, la jurisprudencia, ante la falta de claridad del mencionado precepto distinguía entre delitos perseguibles a instancia de parte y delitos perseguibles de oficio, para determinar la preferencia de la jurisdicción sobre la civil. En sentido vid. SSTs de 11 de noviembre de 1988, FJ1, (Ar.8437); de 27 de enero de 1989, FJ1, (Ar.130); 7 de febrero de 1989, FJ2, (Ar.755); de 23 de febrero de 1989, (Ar.1394); ; de 11 de octubre de 1989 (Ar.6909); de 14 de noviembre de 1991, (Ar.8112); de 4 de abril de 1992, (Ar.5033). Sin embargo, poco a poco se va arrinconando la idea de la preferencia de la jurisdicción penal y se va perfilando la cuestión hacia la idea de considerar que el perjudicado tiene la opción de elegir la vía que considere más adecuada. Particularmente merece ser destacada la STC 241/1991, de 16 de diciembre, FJ4, BOE n°13, 15 de enero de 1992, que al otorgar el amparo contra la sentencia de 23 de febrero de 1989, da un nuevo giro a la cuestión. De la argumentación vertida, se puede concluir que una

Tribunal Constitucional, dado su carácter expreso de derechos fundamentales.

Asimismo, la protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen va más allá de la acción indemnizatoria, siendo muy diverso el elenco de acciones previstas en la LO 1/1982. Concretamente, el art.9.2 prescribe al respecto que "la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o

interpretación adecuada del art.1.2 no debe impedir el ejercicio de acciones civiles previstas en la misma siempre que no exista previamente un proceso pendiente sobre los mismos hechos, ni la solución del proceso civil dependa de la previa calificación penal. La doctrina del TC ha sido recogida con prontitud por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como exponentes claros de este importante cambio vid. SSTs de 26 de febrero de 1992, FJ1, (Ar.1534); de 13 de julio de 1992, FJ1, (Ar.6285); de 26 de enero de 1993, FJ4, (Ar.503); de 27 de mayo de 1993, FJ2, (Ar.4076); 24 de julio de 1993, FJ3, (Ar.6478); de 26 de abril de 1994, FJ1, (Ar.3076); de 14 de junio de 1995, FJ3, (Ar.4853); de 6 de febrero de 1996, FJ1, (Ar.1342) y de 12 de marzo de 1996, FJ1, (Ar.2176).

Asimismo, el cambio operado por la STC 241/1991, es objeto de comentario por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., ("Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1991", CCJC, 1991, n°27, págs.1085 y ss.), "se trata no de una sentencia de mera oportunidad que se limite a salvar la injusticia habida cuenta de las circunstancias, sino que va más allá, y sienta una nueva interpretación del art.1.2° que en la práctica aproxima el régimen de los supuestos que puedan constituir un delito perseguible de oficio de aquéllos que únicamente puedan constituir, en su caso, un delito perseguible a instancia de parte, al permitir en ambos casos que la víctima opte inicialmente por la vía civil o por la penal, salvo cuando ya esté iniciado previamente un proceso penal sobre los mismos hechos o cuando la sentencia civil pueda depender de la calificación penal. Ninguna de estas circunstancias tendrá lugar normalmente en este tipo de intromisiones en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Únicamente subsistiría una diferencia importante: en estos casos la opción por la vía civil no daría lugar a la extinción de la responsabilidad penal (irrenunciable en los delitos perseguibles de oficio art.25 CP) que podría exigirse posteriormente ante la jurisdicción penal".

Hoy por hoy, puede afirmarse que la posibilidad de opción se ha visto confirmada por la nueva redacción del art.1.2 en virtud de la Disposición Final 4ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que literalmente establece que "el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela previsto en el artículo 9 de esta ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito".

impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados".

Se contienen de modo meramente enunciativo⁶⁵⁷ una serie de instrumentos que, en algunas ocasiones, servirán por sí mismos para satisfacer la pretensión de la persona cuyo derecho resulte lesionado, pero en cualquier caso ha de ser ella misma la que en su demanda la individualice puesto que, como es propio de los procesos civiles, han de seguirse las reglas generales de petición de parte⁶⁵⁸.

Junto con la acción indemnizatoria, que sería la acción de responsabilidad civil en sentido estricto, las acciones defensivas puestas a disposición del perjudicado pueden

⁶⁵⁷En este sentido compartimos la opinión de quienes consideran que la enumeración contenida en el art.9.2 no es en absoluto preclusiva. Así lo ha manifestado recientemente GONZALEZ POVEDA, P., "Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: cuestiones procedimentales", AC, 1995, n°6, pág.127.

⁶⁵⁸En esta línea discurre la interpretación jurisprudencial del art.9.2 vgr. SSTs de 23 de marzo de 1987, FJ pfo.20, (Ar.1716) y de 11 de abril de 1987 FJ4, (Ar.2703). Si bien, recientemente, la STS de 14 de junio de 1995, (Ar.4854) en su fundamento jurídico 2º afirma literalmente que "dicho precepto determina que la tutela judicial de los mencionados derechos <<comprenderá>> la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores, señalando ejemplificativamente, entre otras <<la difusión de la sentencia>>. El carácter imperativo con que se pronuncia el artículo 9, apartado 2, de la Ley 1/1982, y la falta de exhaustividad en la fijación de las medidas y en su contenido o desarrollo, autoriza al juzgador para establecer las que crea más convenientes y adecuadas al caso, sin que su decisión pueda ser tachada de incongruente".

agruparse en acciones acciones cautelares⁶⁵⁹ (inhibitorias y preventivas) y acciones meramente declarativas.

Asimismo, con la previsión del derecho a replicar⁶⁶⁰ en este ámbito, lo que se pretende, a nuestro juicio, es una reparación en forma específica. Se trata, por lo tanto de un derecho distinto -que abarca tanto la exposición de hechos como la emisión de juicios de valor-, y compatible con el derecho de rectificación, como se verá posteriormente, lo que no impide que, para determinar la forma de llevarse a cabo, se tengan en cuenta los criterios establecidos en la LO 2/1982 reguladora de este último⁶⁶¹, criterios que igualmente podrán ser de utilidad para hacer efectivo el derecho a la difusión de la

⁶⁵⁹A nuestro juicio, la previsión de la acción inhibitoria es del todo correcta, puesto que resulta muy adecuada en el contexto de los derechos de la personalidad.

Una previsión semejante se contiene, asimismo, en el párrafo 2° del art.9 del Code Civil que establece que: "Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé."

Su oportunidad es también puesta de relieve por los autores en los ordenamientos en los que existe una norma similar al art.9.2, en sentido vid. DOGLIOTTI, M., "I diritti della personalità: questioni e prospettive", *Ras.Dir.Civ.*, 1982, n°3, pág.676.

⁶⁶⁰La utilización del término réplica tenía sentido en la medida en que hasta la LO 2/1984, fundamentalmente, dicha expresión se utilizaba, para poner de manifiesto que se trataba de un derecho de los particulares, contrapuesto al término rectificación, del que eran titulares los poderes públicos para corregir o aclarar informaciones difundidas sobre actos de su competencia o función (distinción introducida por la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de mayo de 1966). Sin embargo, hoy no puede hacerse tal distinción y así lo advierte, por ejemplo, CHINCHILLA MARÍN, C., "Sobre el derecho de rectificación", *PJ*, 1987, n°6, pág.71.

⁶⁶¹Aunque, en algunas ocasiones no será preciso por estar expresamente regulado nos estamos refiriendo a Ley 5/1982, de 20 de mayo de creación del Ente Público <<Radio Televisión Vasca>>.

sentencia al que se alude en el precepto que estamos analizando⁶⁶².

A este abanico de posibilidades se le suma, -aunque no lo contemple la ley expresamente-, el derecho de rectificación puesto que como establece el último párrafo del art.6 de la LO 1/1982, de 26 de marzo⁶⁶³, "el objeto de este proceso -la rectificación- es compatible con el ejercicio de las acciones penales o civiles de otra naturaleza que pudieran asistir al perjudicado por los hechos difundidos".

La rectificación a diferencia de la réplica, tiene que recaer exclusivamente sobre hechos que se consideren contrarios a la verdad, pero no las opiniones, juicios o valoraciones subjetivas⁶⁶⁴, de ahí que no sólo sea compatible con la réplica sino que además es un complemento adecuado, que puede servir igualmente para la reparación en forma específica en los supuestos en que la conducta constitutiva de intromisión

⁶⁶²Con relación a la difusión de la sentencia y falta de una regulación específica que detalle la forma en que ésta difusión haya de llevarse a cabo, es evidente el amplio margen de actuación del juez que imponga la medida, sobre todo en el caso en que la conducta constitutiva de intromisión ilegítima no se haya llevado a cabo mediante la divulgación, pues en tales supuestos falta los criterios que dan la pauta.

⁶⁶³Este derecho de rectificación se recoge también en otras leyes como por ejemplo la LO 5/1985, de 19 de junio, Del Régimen Electoral General, que regula algunas especificidades con relación al régimen general de la LO 2/1982 en su art.68. Así como en las leyes relativas a la creación de entes públicos de radio televisión, vgr.arts.25 de la Ley 5/1982, de 20 de mayo, de Creación del Ente Público <<Radio Televisión Vasca>>, o el art.18 de la Ley 9/1984, de creación de la Compañía de Radio Televisión de Galicia, etc.

⁶⁶⁴Para un análisis más pormenorizado del objeto del derecho réplica vid. CARRILLO, M., "Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978", RDP, 1986, n°23, págs.56 a 60.

ilegítima se refiera a un ejercicio inadecuado de las libertades de expresión e información, en la medida en que favorece el interés colectivo en la búsqueda y recepción de la verdad que el art.20 CE protege⁶⁶⁵.

Por último, se contempla la posibilidad de entablar la acción indemnizatoria, cuya finalidad reparatoria, puede satisfacerse: 1)de forma específica siempre que sea posible⁶⁶⁶, para lo cual puede resultar idóneo no sólo la réplica y la rectificación, sino también como la propia Ley afirma "la difusión de la sentencia" y, 2)por equivalente, esto es, mediante una indemnización que el caso de los daños morales más que de reparar, -que no es posible en sentido estricto-, se trata de compensar.

⁶⁶⁵Vid. Fundamento jurídico 2º del ATC 70/1992, de 4 de marzo y Fundamento jurídico 2º del ATC 49/1993, de 8 de febrero.

⁶⁶⁶La preferencia de una reparación en forma específica siempre que ello sea posible, se desprende, asimismo, de la normativa del Código Penal en esta materia, esto es, cuando se refiere a las normas de responsabilidad civil. Así en su art.110 establece que ésta -la responsabilidad civil- comprende: 1º.La restitución, 2º.La reparación del daño y 3º.La indemnización de los perjuicios materiales y morales. Disposición que se completa con lo dispuesto en los arts.111 a 113.

II.-LEGITIMACIÓN ACTIVA:

Para poder determinar con claridad y precisión quiénes son los sujetos legitimados para el ejercicio de la acción indemnizatoria es necesario distinguir dos situaciones de hecho distintas: 1) en vida del titular y 2) tras su fallecimiento.

1.-EJERCICIO DE ACCIONES EN VIDA DEL TITULAR:

En vida del titular el único legitimado es el propio interesado, como titular del derecho lesionado, lo cual no es óbice para que su ejercicio lo lleve a cabo por medio de representante voluntario⁶⁶⁷.

En el caso de que se trate de menores o incapacitados, el ejercicio de la acción corresponderá a sus representantes legales y en todo caso al Ministerio Fiscal, así se desprende del art.4.4 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor que establece al respecto que "sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada física, jurídica o entidad

⁶⁶⁷Vid YSÁS SOLANÉS, M^a., "La protección de la memoria del fallecido en la L.O. 1/1982", en *Homenaje a Juan Brechmans, Vallet de Goytisolo*, Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1988, Vol.II, pág.794.

pública".

En el caso de los emancipados, su legitimación podría derivarse de una interpretación que atienda al espíritu y finalidad del art.323 CC, concretamente cuando dispone que "el menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio".

2.-EJERCICIO DE ACCIONES TRAS EL FALLECIMIENTO DEL TITULAR:

Para afrontar el estudio de la legitimación activa tras el fallecimiento del titular es preciso, a su vez distinguir entre las intromisiones producidas tras el fallecimiento del titular y las que tuvieron lugar el vida del mismo.

A.-INTROMISIONES PRODUCIDAS POSTMORTEM:

La Exposición de Motivos de la LO 1/1982 señala que "aunque la muerte de un sujeto extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe ser tutelada por el Derecho".

En este sentido, parece que el legislador sigue de cerca el ejemplo de otros países⁶⁶⁸ en los que efectivamente se

⁶⁶⁸Así por ejemplo en Alemania, como ha puesto de relieve LARENZ, K., (*Derecho Civil. Parte General*, (traducción española Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), Edit.Edersa, Madrid, 1978, pág.163) "los valores de la personalidad dignos de protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona, por lo que el respeto a la memoria del fallecido obliga a abstenerse de

concede esta clase de protección, con el fin de no dejar impunes los atentados contra estos derechos que pudieran producirse una vez muerto su titular.

La persona tiene, indudablemente una dimensión social que la mantiene viva más allá de su muerte. LÓPEZ JACOÍSTE se refiere a esta realidad cuando afirma que "la vida social, por ser eminentemente histórica, comporta continuidad; despliega función retentora de la concepción y la fama forjadas en torno a quien ya murió como elementos de su persistente patrimonio moral. Al tratarse del espíritu, el pasado se conserva; no sobrevive en el presente bajo forma de recuerdo, sino bajo forma de realidad"⁶⁶⁹.

La justificación positiva de la existencia de una

manifestaciones que la rebajen y desfiguren. Ciertamente habrá que admitirse que el derecho de la personalidad se extingue con la muerte de su titular; no obstante, ciertos familiares próximos están facultados en cuanto <<fiduciarios>> para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido".

En el derecho suizo se da igualmente esta protección, TERCIER, P., (*Le nouveau droit de la personnalité*, op.cit., 1984, págs.74-75), tras hacer referencia al sistema alemán afirma que "la protection n'est assurée qu'indirectement par les sentiments de pitié des proches. Ce n'est donc que si et dans la mesure où ils ont le droit d'agir en leur propre nom. C'est la conception qui a été admise en jurisprudence. Le Tribunal fédéral a cependant refusé de tirer toutes les conséquences de son choix, puisqu'il a accepté que les proches poursuivent l'action que le défunt a ouverte de son vivant. Or les proches intentent selon cette conception une autre action fondée sur l'atteinte à un autre bien, même si les faits qui les fondent sont dans les deux cas les mêmes. La solution se justifie sans doute pour des motifs pratiques, mais elle démontre aussi ce que la construction a d'artificiel".

En Francia se reconoce asimismo la posibilidad de defensa de la memoria del fallecido, una buena prueba de ello es la Sentencia del Tribunal del Sena de 16 de junio de 1858, en el asunto Rachel, D.P.58.3.62. vid al respecto, TALLON, D., "Personalité (Droits de la)", op.cit., pág.15. KAYSSER, P., *La protection de la vie privée*, op.cit., págs.78 y 120.

⁶⁶⁹LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", op.cit., pág.613.

protección no obstante el fallecimiento de la persona titular del derecho resulta incuestionable en la LO 1/1982. Específicamente el art.4 dispone que: 1. "El ejercicio de acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica. 2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo del fallecimiento.

3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento".

Se establece un orden de prelación que atiende en primer lugar a la voluntad del propio titular del derecho, y sólo en el caso de que ésta no conste se le concede legitimación a los familiares y, residualmente al Ministerio Fiscal.

Dada la importancia que la Ley concede a la voluntad del titular consideramos adecuado interpretar la alusión al testamento de una forma amplia, pues probablemente el

legislador sólo pensó en los actos de destinación mortis causa del Código Civil, de ahí que no contemplase ni el codicilo ni el heredamiento, los cuales entendemos que pueden ser admitidos con relación a aquellos ordenamientos en los que se permiten⁶⁷⁰.

Las disposiciones anteriores se completan con los dispuesto en el art.5, para el supuesto de que exista una concurrencia de personas. En tal sentido se establece que: 1. "Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las designadas en su testamento".

Ahora bien, si desde el punto de vista metajurídico la explicación contenida en la Exposición de Motivos resulta convincente, y los mismo puede decirse de su justificación positiva, es preciso buscar una justificación técnica de dicha protección, para lo cual, debe necesariamente partirse en nuestro ordenamiento jurídico de dos premisas concretas.

En primer lugar, se debe tener presente que la protección

⁶⁷⁰En este sentido vid. YSÁS SOLANÉS, M^a., "La protección de la memoria del fallecido en la L.O.1/1982", op.cit., pág.796.

de la memoria del fallecido -o de la personalidad pretérita⁶⁷¹- no es recurrible en amparo, como así resulta sin ambages de la doctrina del Tribunal Constitucional que, con relación a las previsiones de la LO 1/1982, afirma que "si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del ámbito de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo (...) una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales"⁶⁷².

En segundo lugar, no debe olvidarse el contenido del art.32 CC en el que se dispone que "la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas". Consiguientemente, los muertos no pueden ser sujetos de derechos ni de obligaciones y, por lo tanto, no pueden transmitir el derecho que podría asistirle en el supuesto de que se produzca una intromisión en su honor, intimidad e imagen con posterioridad a la muerte, pues tal derecho no puede ser adquirido.

⁶⁷¹Así lo denomina, LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., "Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", op.cit., pág.614.

⁶⁷²Fundamento jurídico 3, STC 231/1988, de 23 de diciembre.

Las premisas anteriores condicionan ostensiblemente, el resultado que se pretende con la búsqueda de una justificación. Justificación que, por otra parte, no ha sido objeto de tratamiento específico por nuestra doctrina salvo algunas excepciones.

Dentro de dichas excepciones podemos destacar la seriedad del tratamiento que le dispensa a IGARTUA ARREGUI, para este autor la justificación de la actuación *postmortem* radica en el deber de protección recíproco de los miembros de una familia - sentido en el que, asimismo, se manifiesta, como él indica alguna doctrina francesa-. Con dicha argumentación a su juicio se consigue "mantener el dogma de la indisponibilidad de los derechos de la personalidad en sentido estricto (en otras palabras, la personalidad acaba con la muerte del sujeto) y, a la vez restringir la actividad de los familiares (o designados) a su ámbito exclusivo de protección, sin paralizar la actuación de otras personas que pueden alegar intereses legítimos en la vida del difunto (informadores, historiadores), pues hay que tener en cuenta que tras la muerte del sujeto si bien su memoria -su dignidad- debe protegerse, se asiste en contrapartida (a esa protección no muy explicada según los esquemas clásicos de transmisión de los derechos subjetivos) a una minorización de la protección respecto a la que el individuo gozó en vida. Se trata, entonces, de crear o preservar las condiciones adecuadas para desarrollar un curso

vital; tal interés ya no existe tras el fallecimiento."⁶⁷³

Este razonamiento sortea con dificultad las consecuencias que se derivan de la primera premisa a la que nos hemos referido y así lo reconoce el mismo autor⁶⁷⁴, pero la principal objeción que puede hacerse se refiere, precisamente, a ese deber de protección el cual a nuestro juicio, se desvirtúa en la medida en que la propia ley concede al titular fallecido la posibilidad de designar en vida, como defensor de la intangibilidad de su memoria, a cualquier persona incluida una persona jurídica, con relación a la cual es ontológicamente imposible la existencia de cualesquiera vínculos familiares.

A su vez, esta consideración nos lleva a no compartir la opinión de aquellos autores que consideran que la idea rectora de la Ley del 82 "es que el interesado en la tutela es quien trae la causa del afectado: Por eso se indemniza por daño moral en la medida (y sólo en ella) en que la sentencia estima que

⁶⁷³IGARTUA ARREGUI, F., "La protección de los aspectos personales y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona", LL, 1990-1, pág.1069.

⁶⁷⁴Ibidem, págs.1069-1070, puesto que afirma que "de todas formas, aun desde este punto de vista, la no posibilidad de alegación de los derechos del art.4 como base del recurso de amparo no sería una cuestión zanjada. Si no hay transmisión de derechos del difunto sino ejercicio de un deber de protección, serán las necesidades efectivas de esa protección las que harán que se acepte o no la posibilidad (...)".

ha sido afectado"⁶⁷⁵.

A nuestro entender, si bien la indemnización del daño moral dependerá de la existencia de una persona afectada, la legitimación de esta última está subordinada a la ausencia de designación testamentaria de otra persona que asuma el papel de defensor de la memoria del designante⁶⁷⁶, la cual no tiene porque resultar "afectada", pues ni la persona jurídica ni el Ministerio Fiscal tienen que ser afectados al menos en el sentido de la afectación que contempla la Ley.

Consiguientemente, a nuestro juicio, la posible justificación de la previsión legislativa, dada la heterogeneidad de los títulos o intereses que pueden asitir las personas que en el art.4 se contemplan, vendrá marcada por un alto grado de abstracción.

La justificación podría encontrarse en la sutil diferenciación llevada a cabo por DE CUPIS en el sentido de que no se deben confundir los derechos de la personalidad, que se extinguen con la muerte de la persona, con algunos poderes de actuación que se le conceden a ciertas personas; poderes que no constituyen la prosecución de una tutela jurídica personal

⁶⁷⁵CODERCH, S.; CASTIÑEIRA, M.T.; FELIP, D., ISÁS, M, CANO, J.J., DURANY, S., GADEA, E., *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, op.cit., pág.36.

⁶⁷⁶Interpretación que se desprende también de la STS de 24 de junio de 1994, FJ2, (Ar.5326).

(puesto que no hay sujeto), sino simples reflejos o proyecciones de aquella tutela⁶⁷⁷.

B.-INTROMISIONES PRODUCIDAS ANTEMORTEM:

El supuesto de las intromisiones producidas antes de la muerte del titular de los derechos se contempla en la ley de forma muy clara por cuanto en su art.6. establece que: 1. "Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4°.

2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere".

Se trata en definitiva de una especificación de las previsiones contenidas en el art.130 CC en el que se dispone que "a la muerte de actor sus herederos podrán continuar con las acciones ya entabladas". La peculiaridad aquí con relación al régimen común reside, precisamente, en relación con las personas legitimadas⁶⁷⁸; legitimación que, a su vez, está

⁶⁷⁷Concretamente DE CUPIS, A., ("I diritti della personalità", op.cit, pág.92), nos dice que "Non devono confondersi coi diritti della personalità, estinti colla morte della persona, taluni poteri attribuiti a certi congiunti superstiti: poteri che non costituiscono la prosecuzione della tutela giuridica personale, ma il semplice riflesso o proiezione, di quella tutela".

⁶⁷⁸Cfr.DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de Responsabilidad Civil*, op.cit., pág.890-891.

condicionada por el hecho de que no se haya podido ejercitar la acción, pues si pudo ejercitarlas y no lo hizo "existe, - como se recoge en la Exposición de Motivos-, existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal".

III.-LEGITIMACIÓN PASIVA:

El legitimado pasivamente, esto es, el sujeto susceptible de ser demandado, será la persona o personas intervinientes en la conducta constitutiva de la intromisión ilegítima en los derechos protegidos en la LO 1/1982, en el caso de ser varias estaremos ante una responsabilidad solidaria por hecho propio⁶⁷⁹.

Con relación a esta materia existe un supuesto de especial importancia por su frecuencia e la práctica: Los daños ocasionados a los derechos al honor, a la intimidad, o a la propia imagen a través de un medio de comunicación.

En este sentido, resulta ineludible pronunciarse sobre la posible aplicación del art.65.2 de la Ley 14/1966 de Prensa e Imprenta, el cual establece que "la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directivos, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario"⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹Esta es la opinión mayoritaria, no obstante existen autores que la consideran mancomunada. En este último sentido vid. ALBALADEJO, M., "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común", ADC, 1963, págs.344 y ss.

⁶⁸⁰A pesar de lo que en un principio pudiera desprenderse del tenor literal de este artículo, compartimos la línea seguida por la jurisprudencia en el sentido de no restringir su aplicación a la prensa escrita y hacerla extensiva también a los medios de comunicación oral: En este sentido, nos encontramos, por ejemplo la STS de 20 de mayo de 1993, (Ar.3810).

La aplicación de la Ley de Prensa e Imprenta no puede calificarse de pacífica, siendo muy numerosas las ocasiones en las que se ha cuestionado su constitucionalidad por entender, fundamentalmente, que ésta responde a una idea de falta de libertad de expresión incompatible con el actual art.20 de la Constitución, con lo que ésta debería considerarse tácitamente derogada en virtud de su Disposición Derogatoria 3ª de la Constitución en la que se establece, con carácter general, la derogación de cuantas disposiciones se le opongan⁶⁸¹.

Así las cosas, adquiere una singular importancia la doctrina del Tribunal Constitucional resultante de la interpretación de este art.65.2, la cual sostiene con rotundidad su vigencia y, consiguientemente, la oportunidad de su aplicación. Como muestra de lo que acaba de afirmarse, cabe traer a colación aquí la STC 171/1990, consecuencia del recurso de amparo interpuesto por uno de los medios de comunicación que resultó condenado solidariamente al pago de una indemnización como consecuencia del contenido de un artículo periodístico⁶⁸². Concretamente, y frente la alegación de los

⁶⁸¹Literalmente la Disposición Derogatoria 3ª a la que hemos hecho referencia en el texto se expresa en los siguientes términos: "Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Constitución".

⁶⁸²El recurso se interpone contra la STS de 7 de marzo de 1988 (a la que haremos referencia más adelante cuando se analice la jurisprudencia del TS), Sentencia en la que se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por uno de los medios de comunicación condenado solidariamente como consecuencia de la publicación de un artículo relativo a un accidente aéreo del aeropuerto de Sondica, en el que se hacían apreciaciones sobre el estado anímico y la competencia profesional del piloto, contra las Sentencias de la Audiencia Territorial y del Juzgado de 1ª Instancia que estimó la demanda interpuesta por los hijos del piloto fallecido.

recurrentes de la vulneración, por parte de la Sentencia recurrida, del art.20.1.d) como consecuencia de la aplicación del art.65.1, el Tribunal sostiene, en el fundamento jurídico 3º, la idoneidad de la responsabilidad solidaria que en el mismo se establece y, por lo tanto, su vigencia, porque "entre otros del director del medio periodístico y de la propia empresa editora, se justifica en la culpa in vigilando o in eligendo del editor o del director, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde", como quiera que "el director tiene derecho a veto sobre el contenido de todos los originales del periódico -art.37 de la Ley citada-, sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura previa -prohibida por el art.20.2º de la Constitución-y ello hace evidente que exigirle responsabilidad civil por las lesiones que puedan derivarse de las informaciones publicadas en el periódico que dirige en nada vulnera el derecho de libre información, puesto que este derecho también se ejercita desde la dirección del medio periodístico y que, por tanto, puede imponérsele la reparación de los daños que su ejercicio incorrecto o abusivo ocasione a terceros. Lo mismo cabe afirmar de la empresa editora, ya que a ella corresponde la libre designación del director -art.40.1º de la misma Ley de Prensa e Imprenta-.".

Razonamiento éste que se amplía con lo dispuesto por la

STC 172/1990, de 12 de noviembre⁶⁸³, cuando afirma que "la aplicación del art.65.2º de esta Ley no es incompatible con el derecho de libre información, puesto que este precepto es pieza legal destinada a garantizar la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas, bienes jurídicos también amparados por la Constitución, que resulten ilícitamente vulnerados por informaciones periodísticas vejatorias, difundidas fuera del ámbito del derecho de información".

En sentido semejante discurre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual ante todo es partidaria en este ámbito del régimen de responsabilidad solidaria, bien sea al amparo de los arts.1903 y 1904 del CC, -lógica consecuencia de la interpretación llevada a cabo por el Consitucional-,⁶⁸⁴ o bien al amparo del art.65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta, que en cualquier caso no entiende derogado, puesto que considera que tal pretensión carece de realidad normativa, razonando lo siguiente: "En efecto, se pretende apoyar dicha crítica, entre otras alegaciones, en que se trata de una Ley inspirada en los Principios del Movimiento Nacional, nacida en un sistema dictatorial; en que los derechos fundamentales reconocidos por

⁶⁸³Fundamento jurídico 5 in fine. Sentencia dictada, como consecuencia del recurso de amparo intepuesto por otro de los medios de comunicación contra la misma STS la de 7 de marzo de 1988, del caso Patiño.

⁶⁸⁴Vid SSTs de 20 de febrero de 1989, FJ 5, (Ar.1213) y de 4 de julio de 1991, FJ 3, (Ar.5324).

No obstante, es preciso poner de relieve que no siempre la responsabilidad por hecho ajeno ex art.1903 CC es solidaria, sino que puede ser subsidiaria. En este sentido vid. LEÓN GONZÁLEZ, J.Mª., "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a la patria potestad", op.cit., pág.326 y 440.

la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, derechos entre los que se encuentra el de <<Comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión>>; y en que dichos derechos fundamentales son de aplicación directa y conforme a las normas constitucionales y a los principios que las inspiraron. Mas al hacer estas alegaciones se omite: (...) d) Que la circunstancia innegable de que la Ley de Prensa sea temporalmente anterior a la Constitución, a lo único que puede conducir es a que aquellos de sus preceptos que fueren contrarios al espíritu de la misma se entiendan automáticamente derogados, más no a que merezca tal solución la totalidad de su articulado, en cuanto no existe en ella una expresa derogación de la referida normativa, como tampoco la hay de otras Leyes de fechas anteriores a la promulgación de la Constitución que siguen por lo tanto siendo aplicadas en lo que no contradiga sus principios fundamentales (...); e) Que, además, el precepto que se dice infringido (artículo 65.2º) en el que se establece la responsabilidad solidaria de autores, directores y editores, tampoco puede estimarse (como pretende el motivo) derogado tácitamente, ya que no contradice el espíritu de la Constitución ni coarta el derecho de libertad de información y comunicación, sino que contempla únicamente una cuestión de puro y estricto derecho obligacional, la relativa a la determinación de la consecuencias que se puedan derivar del mal uso del referido derecho fundamental, estableciendo a tales efectos una consecuencia jurídicamente lógica, la responsabilidad solidaria de quienes ocupan las

posiciones en dicho precepto y número indicado; e) Por último, tampoco parece tenerse en cuenta, en los motivos que se están examinando y por lo que a la responsabilidad civil de los recurrentes se refiere, que a ella sería de aplicación en último extremo lo dispuesto en el artículo 1903, párrafo cuarto, del Código Civil, en cuanto no existiendo en casos como el presente relación jurídica alguna entre los actores y los demandados y apareciendo clara la relación de causalidad, se trataría en todo caso de una responsabilidad extracontractual, en la cual conforme al precepto del Código Civil que se deja indicado, lo previsto según constante doctrina de esta Sala es, no ya la responsabilidad solidaria de dichos autores, directores y editores, sino la directa de en este concreto caso Promotora de Informaciones, S.A., sin perjuicio de la facultad de repetición que el art.1904 de dicho Texto legal establece (...)"⁶⁸⁵.

Desde nuestro punto de vista tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo resulta correcta⁶⁸⁶ no sólo por las razones en las que la misma se

⁶⁸⁵Fundamento jurídico 6 de la STS 7 de marzo de 1988, (Ar.1603).

En el mismo sentido vid. SSTs de 1 de diciembre de 1987, FJ3, (Ar.9173); de 19 de febrero de 1989, FJ1, (Ar.1119), contra la misma se interpuesto recurso de amparo, con relación al cual el ATC 1243/1988, de 14 de noviembre, declaró no haber lugar al mismo; de 11 de diciembre de 1989, FJ5, (Ar.8817); de 19 de marzo de 1990, FJ5, (Ar.1708); de 20 de mayo de 1993, FJ6, (Ar.3810); de 14 de diciembre de 1994, FJ5, (Ar.10110).

⁶⁸⁶Como ejemplo de los autores que enjuician positivamente esta jurisprudencia vid. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., "Comentario a la STS de 7 de marzo de 1988", op.cit., pág.195; ALVAREZ CONDE, E., "Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa", RDP, 1991, n°34, pág.47.

basa, sino también por otra serie circunstancias que confirman la idoneidad de la responsabilidad solidaria. No obstante, antes de referirnos a ellas, conviene señalar que el régimen de solidaridad derivado de la aplicación del art.65.2 no es aceptado unánimemente y, así existen voces que aún admitiendo la solidaridad sostienen, sin embargo, que sería más adecuado fundarla en los arts.1903 y 1904 CC y no en el art.65.2 que establece un supuesto muy rígido de responsabilidad en cascada. Consiguientemente, se afirma que la supresión de este precepto "coadyuvaría a mejorar el sistema, pues desaparecería el texto que sitúa en el mismo plano a quien normalmente ha de ser considerado responsable (la empresa editorial) y quien muy excepcionalmente debería llegar a serlo (los impresores). Desde el punto de vista de lo que acaece normalmente, la equiparación normativa de responsabilidades no refleja una paralela equiparación de contribución a la causación del resultado dañoso"⁶⁸⁷.

Concretamente SALVADOR CODERCH no es partidario de la Ley de Prensa e Imprenta por establecer una limitación excesiva y vaga a la libertad de expresión, un medio desproporcionado al fin previsto, y así aboga por la distinción entre quien publica y quien lleva a cabo el mensaje o fabrica el papel en que está

⁶⁸⁷CANO GONZALEZ, J-J., PÉREZ FERNÁNDEZ, M^D., GARRINA GORINA, M., SALVADOR CODERCH, P., (director), "Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre y 172/1990, de 12 de noviembre", ADC, 1991, n°44, pág.862.

escrito⁶⁸⁸.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la rigidez de la que se habla no es tal, si tenemos en cuenta que la vigencia y oportunidad del art.65.2 no empece para que cuando la conducta constitutiva de intromisión ilegítima se refiera, por ejemplo, a la transmisión fiel por un medio de comunicación de lo que ha afirmado un tercero en una rueda de prensa, sea éste último el único responsable y el medio puede exonerarse de responsabilidad⁶⁸⁹.

Por otra parte, junto con las razones expuestas por la jurisprudencia consideramos que debe hacerse hincapié en que la aplicación de este art.65.2 permite una mayor y mejor tutela de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, lo cual está en consonancia con la posición institucional de la persona a la que tantas veces hemos hecho referencia a lo largo de este trabajo puesto que, como consecuencia de este artículo y a tenor del art.1144, que establece que "el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones

⁶⁸⁸Cfr.SALVADOR CODERH, P., "El concepto de difamación en sentido sentricto", en *El mercado de las ideas*, op.cit., págs.28 y 29, concretamente en esta última página rubrica su razonamiento con una expresiva frase "No es buen criterio arremeter contra el mensajero que trae malas noticias".

⁶⁸⁹Es el caso que se contempla precisamente en la STC 41/1994, de 15 de febrero, BOE n°65, de 17 de marzo. En este sentido vid. su fundamento jurídico 6°.

Un supuesto parecido se contempla asimismo en la STS 2 de julio de 1996, (Ar.5552), puesto que este caso el informador se limita a reproducir fielmente las manifestaciones realizadas por un tercero en una rueda de prensa.

entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulta cobrada la deuda por entero", no se produce una situación de litisconsorcio pasivo necesario, -no es de aplicación el art.533 LEC-, lo cual elimina la pesada carga que supondría para el demandante traer al procedimiento a todas las personas posibles responsables⁶⁹⁰.

Igualmente, parece corroborar la idoneidad de este régimen de solidaridad el actual Código Penal cuando en el art.212 establece que "en los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria"⁶⁹¹.

⁶⁹⁰En este sentido, entre otras, vid. SSTs de 18 de julio de 1988, FJ5, (Ar.1213); de 1 de junio de 1989, FJ2, (Ar.4280); de 16 de diciembre de 1994, FJ1, (Ar.10362); de 5 de julio de 1995, FJ7, (Ar.6011).

⁶⁹¹El subrayado es nuestro.

Ya por lo que se refiere al artículo anterior señalar que éste establece que: "La calumnia y la injuria se repturán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, al radiodifusión o por cualquier medio de eficacia semejante".

IV.-SUJETOS BENEFICIARIOS DE LA INDEMNIZACIÓN:

Por lo que se refiere a los sujetos benificiarios de la indemnización centraremos nuestra atención en los supuestos que, a nuestro juicio, pueden plantear algún problema; es decir, las hipótesis contempladas en los arts.4 y 6 de la LO 1/1982.

En este sentido el art.9.4° dispone que "el importe de la indemnización por daño moral, en el caso del artículo 4, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2° y, en su defecto a los causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 6, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado".

La primera cuestión que se plantea es determinar que es lo que ha prentendido el legislador con este precepto. Por un lado, podría entenderse que se trata, simplemente, de una norma que establece las pautas del reparto, pero entonces no tiene sentido que excluya a las personas del apartado 1 del art.4. Por otro lado, podría pensarse que pretende la exclusión de la indemnización de los daños patrimoniales indirectos. Finalmente, podría considerarse que de lo único de lo que se trata es de recortar la indemnización por daños morales en el supuesto de las intromisiones *postmortem*. Pues bien, a nuestro juicio, esta última posibilidad es la que mejor se acomoda al

resultado de una interpretación sistemática de la ley en esta materia.

En segundo lugar, del tenor literal de este precepto resulta la necesidad de distinguir en este contexto: entre los supuestos del art.4 y por otro los contemplados en el art.6.

Cuando la lesión a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen se produce con posterioridad a la muerte de su titular, los beneficiarios a raíz del ejercicio de la acción serán, en virtud del art.4: el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos (art.4.2º), y en su defecto sus causahabientes.

Mientras que en el supuesto contemplado por el art.6, esto es, cuando la intromisión ilegítima se produzca en vida del titular, no habiendo éste podido ejercitar la acción, la indemnización se entenderá comprendida en su herencia, por lo que los beneficiarios serán: los herederos, establecidos en el testamento, y en caso de sucesión intestada serán, según los arts.930 y ss del Código civil, en primer lugar los hijos y descendientes, en defecto de éstos sus ascendientes, y a falta de ellos el cónyuge y los parientes colaterales (siendo preferente el cónyuge arts.944 y 945 del Código civil), y en último lugar, en defecto de todos ellos, el Estado.

V.-LIMITES TEMPORALES DE LA LEGITIMACIÓN:

El establecimiento por parte del legislador de dos plazos distintos, uno de 80 años en el art.4.3º, con relación a la protección de la memoria del fallecido, y otro de 4 años, en el art.9.5º, podría, en principio, plantear el problema de determinar cómo conciliar ambos. En este sentido, consideramos oportuno el empeño de deslindar nítidamente el campo de acción los mencionados artículos, lo que nos lleva a distinguir entre plazo de ejercicio de la acción y el tiempo de protección de la ley.

Plazo para el ejercicio de la acción: Específicamente, el art.9.5 de la Ley del 82 establece que "las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos 4 años desde que el legitimado pudo ejercitarlas".

El plazo de caducidad en esta materia, presidida tradicionalmente por plazos prescriptivos como consecuencia de la aplicación del art.1902 y 1968 del CC, supone sin duda una importante novedad que, lejos de ser casual o fortuita, ha sido a nuestro juicio buscada de propósito por el legislador tal y como se desprende de los debates parlamentarios⁶⁹². Así, desde

⁶⁹²Evidentemente, al final venció la caducidad a la prescripción, pero ello no ha estado exento de discusiones, en este sentido nos encontramos con las enmiendas del Grupo de Senadores Vascos y el Grupo de UCD, vid. BOCG, Senado, nº145, de 17 de marzo de 1982, págs.7308 a 7311.

el punto de vista de técnica jurídica, el cambio efectuado se despliega en dos direcciones, una que se deriva del aumento del plazo, en principio, pues se pasa de uno a cuatro años y otra que se deriva de la utilización de una figura distinta: la caducidad.

La transformación operada resulta, sin duda, cuando menos llamativa, toda vez que, como se acaba de exponer, rompe con lo que venía siendo habitual en materia de daños: la prescripción. En este sentido, no es extraño que existan algunos autores que se resistan a admitir su oportunidad⁶⁹³, mientras que la mayoría, al igual que la jurisprudencia⁶⁹⁴, lo admiten sumisamente.

En cualquier caso, la inclusión expresa por el legislador

⁶⁹³Así, por ejemplo, MARTÍN PALLÍN, J.A., ("Valor jurídico y valor económico de la intimidad y del honor", *RJCM*, 1989, n°7, págs.152 y 153) afirma que no deja de llamar la atención el hecho de que la Ley Orgánica de 1982 establezca un plazo de caducidad, mientras que el art.1968 CC señala el plazo de un año para la prescripción de acciones de responsabilidad civil por injurias o calumnia y por las obligaciones derivadas de culpa o negligencia de que se trate en el art.1902 CC. De entre las consecuencias negativas destaca que "el mantenimiento durante 4 años de la posibilidad de invocar la lesión o la intromisión en el honor, la intimidad o la propia imagen contradice la propia delimitación de su ámbito y naturaleza que hace el legislador en la Exposición de Motivos. Durante ese lapso de tiempo se puede dar la circunstancia de que la persona ofendida haya variado sus pautas de comportamiento o modificado su actitud respecto a determinadas esferas de su personalidad que antes carecían de trascendencia o relevancia pública. La lesión se consume y se agota en el momento de publicarse el hecho y el ejercicio de la acción se puede prolongar hasta cuatro años. Ello producirá inevitablemente una discordancia entre el objetivo perseguido por la ley y el medio social en que se aplica".

⁶⁹⁴En este concreto punto -esto es, el plazo de caducidad de 4 años-, y a diferencia de lo que ha sido habitual en esta materia- la jurisprudencia se ha mostrado indiferente en el sentido de que se ha limitado a aplicar el contenido del art.9.5 sin entrar a valorar su oportunidad, en este sentido vid. SSTs de 3 de julio de 1987, FJ6, (Ar.5050), de 28 de mayo de 1990, FJ3, (Ar.4090), de 20 de abril de 1991, FJ1, (Ar.2727), etc.

evita la difícil tarea de tener que pronunciarnos acerca de la naturaleza jurídica de dos instituciones, -caducidad y prescripción-, cuya polémica ha dado lugar a abundante literatura sin que pueda afirmarse que se trata de una cuestión zanjada⁶⁹⁵.

Por lo que se refiere al punto de partida para efectuar el cómputo del plazo nos parece adecuado atender al momento en que "pudo ejercitarlas", pues se mantiene el criterio tradicional consagrado en el art.1969 CC que también se establece que el tiempo se contará desde el día en que pudieron ser ejercitadas⁶⁹⁶.

Tiempo de protección: Es el que se prevé cuando de lo que se trata es de proteger la memoria del fallecido, y su duración varía según quien sea la persona que entable la acción (art.4.3 y 4.2), constituye a nuestro juicio un límite necesario, pues

⁶⁹⁵Sobre esta polémica en nuestro ordenamiento jurídico vid.DE ANGEL YAGÜEZ, R., "Caducidad y autonomía privada: Especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes", *LL*, 1986, n°4, págs.1007 y ss.DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, op.cit., vol.I, págs.463 y 464; RIVERO HERNÁNDEZ, F., "La caducidad", en J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General*, Edit.Bosch, Barcelona, 1990, Tomo I, Vol.3°, pág.377; OROZCO PARDO, G., *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Edit.Comares, Granada, 1995, págs.52 y 53.; RUBIO TORRANO, E., "La caducidad en el Derecho Civil español", *Ar.Civ.*, 1996, n°19, pág.17 y ss; PUIG BRUTAU, J., *Caducidad y prescripción extintiva*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996, págs.45 y ss.

⁶⁹⁶Si bien al final se impuso el criterio al que hemos hecho referencia en el texto, en los debates parlamentarios el Grupo Socialista del Senado era partidario de tomar como punto de partida para el cómputo "el momento en que se produjo la ofensa", propuesta que finalmente no prosperó. Vid. BOCC, Senado, 18 de febrero de 1982, pág.10.

de lo contrario consideramos que se perpetuaría la legitimación más allá del tiempo necesario.

Si se trata de su cónyuge, descendientes o hermanos será durante toda la vida de éstos, por lo tanto el tiempo de protección puede exceder de los 80 años en función de la mayor o menor longevidad de dichas personas. No obstante, ha de notarse que, el hecho de que se refiera a descendientes sin limitación generacional se recorta al exigir que vivan al tiempo del fallecimiento ("que viviesen al tiempo de su fallecimiento"). En este sentido, un supuesto de duda lo estaría constituido por el concebido y no nacido, pero consideramos que la misma se resuelve positivamente si tenemos en cuenta que el art.29 CC dispone que se le tendrá por nacido para todos los efectos que le sean favorables.

Si se trata de persona jurídica designada en testamento, o del Ministerio Fiscal el tiempo es de 80 años a contar desde el fallecimiento del titular del derecho que se pretende reivindicar. Se produce, por lo tanto, un recorte temporal, habida cuenta de que aquí, a diferencia de lo que ocurre con las personas naturales, la naturaleza con el transcurso del tiempo no tiene relevancia.

Así las cosas, la necesaria conciliación de los 80 años con el plazo de ejercicio de la acción se resolvería, a nuestro juicio, de la siguiente forma: Durante los 80 años siguientes

al fallecimiento del titular de los derechos protegidos en la LO 1/1982 la persona jurídica o el Ministerio Fiscal estarán legitimados para ejercitar la acción de indemnización, y cualquier otra pertinente, siempre que no hayan transcurrido 4 años desde que pudieron ejercitarla. De lo que puede colegirse que en el caso de que la intromisión se produzca en el año 79, la acción a pesar de tener un plazo de 4 años, deberá ejercitarse en un año, pues de lo contrario se sobrepasaría el límite de los 80 años.

VI.-SUPUESTO PARTICULAR DE INTROMISIÓN ILEGÍTIMA MEDIANTE EL USO DE LA INFORMÁTICA.

Cuando las lesiones a los derechos objeto de nuestro estudio provengan del tratamiento automatizado de datos de carácter personal será preciso atender, primariamente, a lo dispuesto la LO 5/1992, de 29 de octubre⁶⁹⁷.

Así las cosas, habrá que estar a lo dispuesto en el art.17.3º segun el cual "los afectados que como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable del fichero, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados".

Se prevé única y exclusivamente el derecho a ser indemnizados, sin ninguna matización ulterior. En tal sentido consideramos que son de aplicación los requisitos expuestos de plazo, legitimación, etc, expuestos a propósito de la acción indemnizatoria reconocida en la LO 1/1982⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷Pues como se recordará la disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, literalmente dispone que: "Queda derogada la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

En la derogada disposición se establecía que, en tanto no se promulgase la normativa prevista en el art.18.4º de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar frente a las intromisiones ilegítimas derivadas del uso de la informática se regularían por la presente ley, esto es por la LO 1/1982.

⁶⁹⁸No obstante, esta circunstancia no desdice el carácter supletorio por antonomasia del Código Civil, que respecto a esta Ley del 92 será de aplicación subsidiaria en segundo grado.

Asimismo, por la aplicación supletoria de la LO 1/1982, - que tiene un mayor alcance pues se refiere a la protección civil frente a todo género de intromisiones ilegítimas-, somos partidarios de trasladar respecto de las conductas que puedan tener tal consideración al amparo de la LO 5/1992, las medidas previstas en el art.9.2 de la Ley del 82.

Todo ello sin perjuicio, claro está del respeto de las especificidades que se deriven de la LO 5/1992, como son, por ejemplo las relativas a titularidad pública o privada de los ficheros de datos. En este entendimiento, deberá tenerse presente lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del art.17 de la mencionada Ley, en los cuales se establece respectivamente que cuando se trate de ficheros de titularidad pública la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas. En el caso de que ficheros de titularidad privada la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.

CONCLUSIONES

I

Frente a las dudas que podría suscitar el requisito de la antijuridicidad en el régimen común de la responsabilidad civil, en el régimen específico de la LO 1/1982 se confirma su exigencia para el nacimiento de responsabilidad.

II

Las personas jurídicas pueden ser titulares de los derechos de la personalidad, por consiguiente, procede la protección brindada por la LO 1/1982 respecto de las mismas.

III

La responsabilidad civil derivada de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen puede ser contractual y extracontractual, pero cualquiera que ésta sea resulta aplicable la LO 1/1982.

IV

La ley habrá de respetar las exigencias que se deriven del reconocimiento constitucional expreso de los referidos derechos en el art.18.1 que, a tenor del art.53.1 CE, se concretan en el respeto del contenido esencial y la reserva de ley.

V

Asimismo, la delimitación más concreta de las conductas constitutivas de intromisión ilegítima en virtud de la

aplicación del criterio de la Ley resulta de la enumeración que se contiene en el art.7 de la LO 1/1982 que a nuestro juicio tiene la consideración de *numerus apertus*.

VI

Los usos sociales a los que se refiere la Ley los calificamos de usos jurídicos normativos integradores del contenido de una norma jurídica, como tales, de acuerdo con el Código Civil, tendrán la consideración de costumbre, aplicándoseles, consiguientemente, los requisitos de la costumbre hasta donde lo permita su naturaleza.

VII

Los actos propios no se pueden identificar con el consentimiento a la intromisión y, por ello, carecen de la eficacia constitutiva y preceptiva negocial de éste.

VIII

Los tres criterios delimitadores del ámbito de protección son aplicables a los tres derechos tutelados en la LO 1/1982, si bien no están en pie de igualdad, sino que están jerarquizados: ley, propios actos y usos sociales.

IX

La protección del derecho al honor comprende la protección del derecho al prestigio profesional, como una manifestación natural del mismo.

X

La protección del derecho a la propia imagen, tras la entrada en vigor de la LO 1/1982, se reconoce con autonomía respecto de los demás derechos de la personalidad.

XI

El consentimiento al que se refiere la LO 1/1982 es interpretado como autorización, su efecto es únicamente suprimir la ilicitud, consiguientemente, no podrá ser considerado como acto que obligue a soportar una intromisión.

XII

El consentimiento no puede interpretarse como renuncia la protección prevista en la Ley.

XIII

La facultad de revocación contemplada en la LO 1/1982 es interpretada como revocación *ad nutum*, mientras que la de la LO 5/1992 exige la mediación de justa causa.

XIV

La protección prioritaria de los derechos de la personalidad, los términos en que se manifiesta en la Ley y la aleatoriedad e iliquidez de la indemnización en el momento de la revocación impiden, a nuestro juicio, considerar el pago de la indemnización como condición.

XV

La indemnización, en el caso de que resulte procedente, se deberá a título de compensación por el empobrecimiento que se le pueda ocasionar al sujeto al que se le había concedido la autorización y no por razón de que la revocación de la autorización constituya un acto ilícito del cual se derive la correspondiente responsabilidad civil.

XVI

Las causas de justificación previstas con carácter general en el Código Penal: Estado de necesidad, legítima defensa y ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber, son aplicables respecto de los tres derechos.

XVII

El requisito de la culpa, exigido en el régimen común de responsabilidad, juega, asimismo, en relación a la responsabilidad específica derivada de las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

XVIII

Son indemnizables los daños morales y los daños patrimoniales indirectos.

XIX

La presunción prevista en el art.9.3 de la LO 1/1982 es *iuris tantum*, y se contrae exclusivamente a los daños morales, siendo aplicable a los daños patrimoniales indirectos el régimen de prueba del Derecho Común.

XX

A la valoración del daños moral le son aplicables los criterios contenidos en la LO 1/1982, los cuales no son extrapolables al daño patrimonial indirecto que se valorará en atención a lo dispuesto en el régimen común.

XXI

El establecimiento legal expreso de unos criterios para la valoración del daño moral posibilita la revisión del *quantum* en casación en la medida en que se impugnen los mismos y no la cantidad directamente.

XXII

Por lo que se refiere al criterio del "beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma", a pesar de las críticas que ha suscitado por considerarlo ajeno y perturbador del régimen de responsabilidad civil, consideramos su ponderación adecuada, en la medida en que lo que pretende es evitar que, aún indemnizándose el daño, pueda salir beneficiado el autor del mismo.

XXIII

La legitimación activa para el ejercicio de la acción indemnizatoria derivada de una intromisión ilegítima en estos derechos producida tras la muerte de su titular se separa ostensiblemente de las previsiones del régimen común en la medida en que se reconoce a personas distintas de los herederos.

XXIV

La esfera de beneficiarios de la indemnización por los daños causados a estos derechos después de la muerte del titular y, por lo que se refiere al daño moral, sufre un importante recorte a tenor del art.9.4 de la LO 1/1982, mientras que en relación a las intromisiones *ante mortem* se sigue el régimen común.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS CITADAS

INDICE CRONOLÓGICO DE LA JURISPRUDENCIA CITADA EN EL TEXTO

-SENTENCIAS Y AUTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

SENTENCIAS:

STC 5/1981, de 13 de febrero, BOE n°47, 24 de febrero.
STC 6/1981, de 16 de marzo, BOE n°89, 14 de abril.
STC 11/1981, de 8 de abril, BOE n°99, 25 de abril.
STC 22/1981, de 5 de julio, BOE n°172, 20 de julio.
STC 2/1982, de 29 de enero, BOE n°49, 26 de febrero.
STC 6/1982, de 22 de febrero, BOE n°69, 22 de marzo.
STC 12/1982, de 31 de marzo, BOE n°95, 21 de abril.
STC 36/1982, de 16 de junio, BOE n°169, 16 de julio.
STC 49/1982, de 14 de julio, BOE n°185, 4 de agosto.
STC 62/1982, de 15 de octubre, BOE n°276, 17 de noviembre.
STC 73/1982, de 2 de diciembre, BOE n°312, 29 de diciembre.
STC 29/1983, de 14 de marzo, BOE n°87, 12 de abril.
STC 33/1983, de 4 de mayo, BOE n°120, 20 de mayo.
STC 34/1983, de 6 de mayo, BOE n°120, 20 de mayo.
STC 49/1983, de 1 de junio, BOE n°144, 17 de junio.
STC 53/1983, de 20 de junio, BOE n°168, 25 de julio.
STC 62/1983, de 11 de julio, BOE n°189, 9 de agosto.
STC 65/1983, de 21 de julio, BOE n°189, 9 de agosto.
STC 75/1983, de 3 de agosto, BOE n°197, 18 de agosto.
STC 76/1983, de 5 de agosto, BOE n°197, 18 de agosto.
STC 103/1983, de 22 de noviembre, BOE n°298, 14 de diciembre.
STC 6/1984, de 24 de enero, BOE n°42, 18 de febrero.
STC 13/1984, de 3 de febrero, BOE n°42, 28 de febrero.
STC 110/1984, de 26 de noviembre, BOE n°305, 21 de diciembre.
STC 53/1985, de 11 de abril, BOE n°119, 18 de mayo.
STC 67/1985, de 24 de mayo, BOE n°153, 27 de junio.
STC 88/85, de 19 de julio, BOE n°194, 14 de agosto.
STC 137/1985, de 17 de octubre, BOE n°268, 8 de noviembre.
STC 180/1985, de 19 de diciembre, BOE n°3, 15 de enero 1986
STC 104/1986, de 17 de julio, BOE n°193, 13 de agosto.

STC 137/1986, de 6 de noviembre, BOE n°276, 18 de noviembre.
STC 159/1986, de 16 de diciembre, BOE n°313, 31 de diciembre.
STC 166/1986, de 19 de diciembre, BOE n°3, 3 de enero 1987.
STC 26/1987, de 27 de febrero, BOE n°71, 24 de marzo.
STC 32/1987, de 10 de marzo, BOE n°71, 24 de marzo.
STC 37/1987, de 26 de marzo, BOE n°89, 14 de abril.
STC 117/1987, de 8 de julio, BOE n°180, 29 de julio.
STC 160/1987, de 27 de octubre, BOE n°271, 12 de noviembre.
STC 115/1987, de 7 de julio, BOE n°180, 29 de julio.
STC 165/1987, de 27 de octubre, BOE n°279, 21 de noviembre.
STC 170/1987, de 30 de octubre, BOE n°279, 21 de noviembre.
STC 196/1987, de 11 de diciembre, BOE n°7, 8 de enero de 1988.
STC 6/1988, de 21 de enero, BOE n°31, 5 de febrero.
STC 64/1988, de 12 de abril, BOE n°107, 4 de mayo.
STC 107/1988, de 8 de junio, BOE n°152, 25 de junio.
STC 209/1988, de 10 de noviembre, BOE n°297, 12 de diciembre.
STC 231/1988, de 2 de diciembre, BOE n°307, 23 de diciembre.
STC 243/1988, de 19 de diciembre, BOE n°11, 13 enero 1989.
STC 1/1989, de 16 de enero, BOE n°43, 20 febrero.
STC 32/1989, de 13 de febrero, BOE n°52, 2 de marzo.
STC 45/1989, de 20 de febrero, BOE n°52, 2 de marzo.
STC 51/1989, de 22 de febrero, BOE n°64, 14 de marzo.
STC 108/1989, 8 de junio, BOE n°158, 4 de julio.
STC 121/1989, de 3 de julio, BOE n°175, 24 de julio.
STC 9/1990, de 18 de enero, BOE n°40, 15 de febrero.
STC 20/1990, de 15 de febrero, BOE n°52, 2 de marzo.
STC 105/1990, de 6 de junio, BOE n°160, 5 de julio.
STC 171/1990, de 12 de noviembre, BOE n°287, 30 de noviembre.
STC 172/1990, de 12 de noviembre, BOE n°287, 30 de noviembre.
STC 206/1990, de 17 de diciembre, BOE n°9, 10 de enero 1991.
STC 65/1991, de 22 de marzo, BOE n°98, 24 de abril.
STC 68/1991, de 8 de abril, BOE n°115, 14 de mayo.
STC 88/1991, de 25 de abril, BOE n°128, 29 de mayo.
STC 101/1991, de 13 de mayo, BOE n°145, 18 de junio.
STC 119/1991, de 3 de junio, BOE n°162, 8 de julio.
STC 143/1991, de 1 de julio, BOE n°174, 22 de julio.
STC 179/1991, de 19 de septiembre, BOE n°243, 10 octubre.
STC 189/1991, de 3 de octubre, BOE n°265, 5 de noviembre.
STC 197/1991, de 17 de octubre, BOE n°274, 15 de noviembre.
STC 214/1991, de 11 de noviembre, BOE n°301, 17 de diciembre.
STC 241/1991, de 16 de diciembre, BOE n°13, 15 de enero de 1992.

STC 20/1992, de 14 de febrero, BOE n°66, 17 de marzo.
STC 40/1992, de 30 de marzo, BOE n°109, 6 de mayo.
STC 85/1992, de 8 de junio, BOE n°157, 1 de julio.
STC 190/1992, de 16 de noviembre, BOE n°303, 18 de diciembre.
STC 219/1992, de 3 de diciembre, BOE n°303, 18 de diciembre.
STC 222/1992, de 11 de diciembre, BOE n°16, 19 de enero 1993.
STC 223/1992, de 14 de diciembre, BOE n°16, 19 de enero 1993.
STC 227/1992, de 14 de diciembre, BOE n°16, 19 de enero 93.
STC 240/1992, de 21 de diciembre, BOE n°17, 20 de enero 1993
STC 15/1993, de 18 de enero, BOE n°57, de 12 de febrero.
STC 123/1993, 19 de abril, BOE n°124, 25 de mayo.
STC 142/1993, de 22 de abril, BOE n°127, 28 de mayo.
STC 178/1993, de 31 de mayo, BOE n°159, 5 de julio.
STC 224/1993, de 1 de julio, BOE n°183, 2 de agosto.
STC 254/1993, de 20 de julio, BOE n°197, 18 de agosto.
STC 336/1993, de 15 de noviembre, BOE n°295, 10 de diciembre.
STC 341/1993, de 18 de noviembre, BOE n°295, 10 de diciembre.
STC 31/1994, de 31 de enero, BOE n°52, de 2 de marzo.
STC 41/1994, de 15 de febrero, BOE n°65, de 17 de marzo.
STC 57/1994, de 28 de febrero, BOE n°71, 24 de marzo.
STC 99/1994, de 11 de abril, BOE n°117, 17 de mayo.
STC 136/1994, de 9 de mayo, BOE n°140, 13 de junio.
STC 143/1994, de 9 de mayo, BOE n°140, 13 de junio.
STC 170/1994, de 7 de junio, BOE n°163, 9 de julio.
STC 288/1994, de 27 de octubre, BOE n°285, 29 de noviembre.
STC 297/1994, de 14 de noviembre, BOE n°298, 14 de diciembre.
STC 320/1994, de 28 de noviembre, BOE n°310, 28 de diciembre.
STC 6/1995, de 10 de enero, BOE n°36, de 11 de febrero.
STC 22/1995, de 30 de enero, BOE n°50, 28 de febrero.
STC 42/1995, de 13 de febrero, BOE n°66, 18 de marzo.
STC 76/1995, de 22 de mayo, BOE n°147, 21 de junio.
STC 78/1995, de 22 de mayo, BOE n°147, 21 de junio.
STC 79/1995, de 22 de mayo, BOE n°147, 21 de junio.
STC 114/1995, de 6 de julio, BOE n°184, 3 de agosto.
STC 132/1995, de 11 de septiembre, BOE n°246, 14 de octubre.
STC 139/1995, de 26 de septiembre, BOE n°246, 14 de octubre.
STC 173/1995, de 21 de noviembre, BOE n°310, de 28 de diciembre.
STC 176/1995, de 11 de diciembre, BOE n°11, 12 de enero de 1996.
STC 183/1995, de 11 de diciembre, BOE n°11, 12 de enero de 1996.
STC 239/1995, de 26 de septiembre, BOE n°246, 14 de octubre.
STC 6/1996, de 16 de enero, BOE n°17, 19 de febrero.

STC 19/1996, de 12 de febrero, BOE n°67, 18 de marzo.
STC 28/1996, de 26 de febrero, BOE n°80, 2 de abril.
STC 47/1996, de 25 de marzo, BOE n°102, 27 de abril.
STC 157/1996, de 15 de octubre, BOE n°267, 5 de noviembre.
STC 186/1996, de 25 de noviembre, BOE n°3, 3 de enero de 1997.
STC 190/1996, de 25 de noviembre, BOE n°3, 3 de enero de 1997.

AUTOS:

ATC 106/1980, de 26 de noviembre.
ATC 257/1985, de 17 de abril.
ATC 300/1989, de 5 de junio.
ATC 350/1989, de 19 julio.
ATC 221/1990, de 31 de mayo.
ATC 5/1992, de 13 de enero.
ATC 27/92, de 27 de enero.
ATC 70/1992, de 4 de marzo.
ATC 20/1993, de 21 de enero.
ATC 48/1993, de 8 de febrero.
ATC 152/1993, de 24 de mayo.
ATC 321/1993, de 5 de octubre.

-SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

STS de 6 de diciembre de 1912, (RGLJ, Tomo 124-3, núm.95).
STS de 14 de diciembre de 1917, (RGLJ, Tomo 141, núm.205)
STS de 31 de marzo de 1930, (Ar.816).
STS de 10 de julio de 1943, (Ar.856).
STS de 14 de febrero de 1944, (Ar.293).
STS de 21 de junio de 1945, (Ar.721).
STS de 9 de junio de 1975, (Ar.3264).
STS de 10 de octubre de 1975, (Ar.3586).
STS de 21 de enero de 1981, (Ar.131).
STS de 22 de abril de 1983, (Ar.2120).
STS de 31 de octubre de 1985, (Ar.5138).
STS de 16 de octubre de 1986, (Ar.6923).
STS de 28 de octubre de 1986, (Ar.6015).
STS de 4 de noviembre de 1986, (Ar.6205).
STS de 23 de marzo de 1987, (Ar.1716).
STS de 30 de marzo de 1987, (Ar.2573).
STS de 11 de abril de 1987, (Ar.2703).
STS de 26 de junio de 1987, (Ar.4824).
STS de 3 de julio de 1987, (Ar.5050).
STS de 5 de octubre de 1987, (Ar.6713).
STS de 22 de octubre de 1987, (Ar.7309).
STS de 26 de noviembre de 1987, (Ar.8692).
STS de 1 de diciembre de 1987, (Ar.9173).
STS de 21 de enero de 1987, (Ar.131).
STS de 19 de febrero de 1988, (Ar.1119).
STS de 7 de marzo de 1988, (Ar.1603).
STS de 29 de marzo de 1988, (Ar.2480).
STS de 30 de marzo de 1988, (Ar.2573).
STS de 5 de mayo de 1988, (Ar.3880).
STS de 5 de mayo de 1988, (Ar.3881).
STS de 9 de mayo de 1988, (Ar.4049).
STS de 20 de mayo de 1988, (Ar.4318).
STS de 20 de mayo de 1988, (Ar.4319).
STS de 22 de junio de 1988, (Ar.5123).
STS de 18 de julio de 1988, (Ar.5726).
STS de 19 de julio de 1988, (Ar.5729).
STS de 11 de octubre de 1988, (Ar.7408).
STS de 14 de octubre de 1988 (Ar.7488).
STS de 24 de octubre de 1988, (Ar.7635).
STS de 28 de octubre de 1988, (Ar.7774).

STS de 3 de noviembre de 1988, (Ar.8408).
STS de 11 de noviembre de 1988, (Ar.8437).
STS de 12 de noviembre de 1988, (Ar.8441).
STS de 25 de noviembre de 1988, (Ar.8711).
STS de 16 de diciembre de 1988, (Ar.9473).
STS de 27 de enero de 1989, (Ar.130).
STS de 7 de febrero de 1989, (Ar.755).
STS de 9 de febrero de 1989, (Ar.822).
STS de 20 de febrero de 1989, (Ar.1213).
STS de 23 de febrero de 1989, (Ar.1250).
STS de 23 de febrero de 1989, (Ar.1394).
STS de 2 de marzo de 1989, (Ar.1748).
STS de 13 de marzo de 1989, (Ar.2040).
STS de 17 de marzo de 1989, (Ar.2159).
STS de 28 de marzo de 1989, (Ar.2277).
STS de 4 de abril de 1989, (Ar.2991).
STS de 14 de abril de 1989, (Ar.3055).
STS de 18 de abril de 1989, (Ar.3068).
STS de 28 de abril de 1989, (Ar.3274).
STS de 24 de abril de 1989, (Ar.3254).
STS de 25 de abril de 1989, (Ar.3260).
STS de 29 de abril de 1989, (Ar.3281).
STS de 12 de mayo de 1989, (Ar.3763).
STS de 13 de mayo de 1989, (Ar.2040).
STS de 1 junio de 1989, (Ar.4280).
STS de 16 de junio de 1989, (Ar.4693).
STS de 19 de junio de 1989, (Ar.4699).
STS de 22 de junio de 1989, (Ar.4777).
STS de 6 de julio de 1989, (Ar.5403).
STS de 14 de julio de 1989, (Ar.5616).
STS de 18 de julio de 1989, (Ar.5721).
STS de 19 de julio de 1989, (Ar.5725).
STS de 5 de octubre 1989, (Ar.6889).
STS 11 de octubre de 1989, (Ar.6909).
STS de 27 de octubre de 1989, (Ar.6966).
STS de 13 de noviembre de 1989, (Ar.7873).
STS de 5 de diciembre de 1989, (Ar.8799).
STS de 5 de diciembre de 1989, (Ar.8800).
STS de 11 de diciembre de 1989, (Ar.8817).
STS de 13 de diciembre de 1989, (Ar.8827).
STS de 21 de diciembre de 1989, (Ar.8859).

STS de 20 de diciembre de 1989, (Ar.8880).
STS de 4 de enero de 1990, (Ar.6).
STS de 26 de enero de 1990, (Ar.26).
STS de 27 de enero de 1990, (Ar.100).
STS de 9 de febrero de 1990, (Ar.672).
STS de 27 de febrero de 1990, (Ar.720).
STS de 7 de marzo de 1990, (Ar.1677).
STS de 12 de marzo de 1990, (Ar.1687).
STS de 16 de marzo de 1990, (Ar.1704).
STS de 19 de marzo de 1990, (Ar.1708).
STS de 30 de marzo de 1990, (Ar.1739).
STS de 18 de abril de 1990, (Ar.2729).
STS de 30 de abril de 1990, (Ar.2808).
STS de 17 de mayo de 1990, (Ar.3736).
STS de 20 de mayo de 1990, (Ar.4012).
STS de 22 de mayo de 1990, (Ar.3829).
STS de 24 de mayo de 1990, (Ar.4079).
STS de 28 de mayo de 1990, (Ar.4090).
STS de 4 de junio de 1990, (Ar.4725).
STS de 11 de junio de 1990, (Ar.4854).
STS de 16 de junio de 1990, (Ar.4762).
STS de 23 de julio de 1990, (Ar.6164).
STS de 7 de septiembre de 1990, (Ar.6856).
STS de 4 de octubre de 1990, (Ar.7469).
STS de 11 de octubre de 1990, (Ar.7855).
STS de 2 de noviembre de 1990, (Ar.8455).
STS de 13 de noviembre de 1990, (Ar.8707).
STS de 9 de enero de 1991, (Ar.292).
STS de 16 de enero de 1991, (Ar.298).
STS de 8 de febrero de 1991, (Ar.1157).
STS de 25 de febrero de 1991, (Ar.1597).
STS de 2 de marzo de 1991, (Ar.1710).
STS de 22 de marzo de 1991, (Ar.2430).
STS de 25 de marzo de 1991, (Ar.2441).
STS de 20 de abril de 1991, (Ar.2727).
STS de 14 de junio de 1991, (Ar.4462).
STS de 4 de julio de 1991, (Ar.5324).
STS de 11 de julio de 1991, (Ar.5343).
STS de 23 de septiembre de 1991, (Ar.6060).
STS de 30 de septiembre de 1991, (Ar.6847).
STS de 4 de octubre de 1991, (Ar.7442).

STS de 11 de octubre de 1991, (Ar.6911).
STS de 15 de octubre de 1991, (Ar.7068).
STS de 20 de octubre de 1991, (Ar.7867).
STS de 30 de octubre de 1991, (Ar.7253).
STS de 14 de noviembre de 1991, (Ar.8112).
STS de 27 de noviembre de 1991, (Ar.8494).
STS de 29 de noviembre de 1991, (Ar.8574).
STS de 26 de diciembre de 1991, (Ar.9599).
STS de 30 de diciembre de 1991, (Ar.9485).
STS de 20 de enero de 1992, (Ar.190).
STS de 11 de febrero de 1992, (Ar.975).
STS de 29 de febrero de 1992, (Ar.1324).
STS de 26 de febrero de 1992, (Ar.1534).
STS de 10 de marzo de 1992, (Ar.2013).
STS de 18 de marzo de 1992, (Ar.2204).
STS de 4 de abril de 1992, (Ar.5033).
STS de 11 de abril de 1992, (Ar.3094).
STS de 15 de abril de 1992, (Ar.4419).
STS de 22 de abril de 1992, (Ar.3317).
STS de 4 de junio de 1992, (Ar.4996).
STS de 6 de junio de 1992, (Ar.5007).
STS de 9 de julio de 1992, (Ar.6273).
STS de 13 de julio de 1992, (Ar.6285).
STS de 31 de julio de 1992, (Ar.6508).
STS de 29 de septiembre de 1992, (Ar.7424).
STS de 5 de octubre de 1992, (Ar.7526).
STS de 19 de octubre de 1992, (Ar.8079).
STS de 17 de noviembre de 1992, (Ar.9233).
STS de 18 de noviembre de 1992, (Ar.9235).
STS de 30 de noviembre de 1992, (Ar.9458).
STS de 26 de enero de 1993, (Ar.503).
STS de 27 de enero de 1993, (Ar.510).
STS de 2 de febrero de 1993, (Ar.794).
STS de 4 de febrero de 1993, (Ar.824).
STS de 20 de febrero de 1993, (Ar.1001).
STS de 2 de marzo de 1993, (Ar.1662).
STS de 5 de marzo de 1993, (Ar.2005).
STS de 23 de marzo de 1993, (Ar.2543).
STS de 23 de marzo de 1993, (Ar.3303).
STS de 25 de marzo de 1993, (Ar.2237).
STS de 26 de marzo de 1993, (Ar.2396).

STS de 27 de marzo de 1993, (Ar.2401).
STS de 28 de abril de 1993, (Ar.2950).
STS de 27 de mayo de 1993, (Ar.4076).
STS de 15 de junio de 1993, (Ar.4834).
STS de 17 de julio de 1993, (Ar.6458).
STS de 21 de julio de 1993, (Ar.6272).
STS de 24 de julio de 1993, (Ar.6478).
STS de 4 de octubre de 1993, (Ar.7458).
STS de 5 de octubre de 1993, (Ar.7462).
STS de 30 de octubre de 1993, (Ar.7671).
STS de 24 de noviembre de 1993, (Ar.9212).
STS de 2 de diciembre de 1993, (Ar.9484).
STS de 3 de diciembre de 1993, (Ar.9493).
STS de 7 de diciembre de 1993, (Ar.9836).
STS de 9 de diciembre de 1993, (Ar.9838).
STS de 20 de diciembre de 1993, (Ar.10088).
STS de 25 de diciembre de 1993, (Ar.10087).
STS de 31 de enero de 1994, (Ar.640).
STS de 15 de febrero de 1994, (Ar.1309).
STS de 17 de febrero de 1994, (Ar.1622).
STS de 28 de febrero de 1994, (Ar.686, 1995).
STS de 1 de marzo de 1994, (Ar.1634).
STS de 28 de marzo de 1994, (Ar.2527).
STS de 24 de marzo de 1994, (Ar.9316).
STS de 5 de abril de 1994, (Ar.2930).
STS de 5 de abril de 1994, (Ar.2938).
STS de 26 de abril de 1994, (Ar.3076).
STS de 29 de abril de 1994, (Ar.2979).
STS de 18 de mayo de 1994, (Ar.4092).
STS de 18 de mayo de 1994, (Ar.4095).
STS de 19 de mayo de 1994, (Ar.4101).
STS de 20 de mayo de 1994, (Ar.4102).
STS de 24 de mayo de 1994, (Ar.3737).
STS de 24 de junio de 1994, (Ar.5325).
STS de 19 de septiembre de 1994, (Ar.6970).
STS de 20 de octubre de 1994, (Ar.8154).
STS de 24 de octubre de 1994, (Ar.7679).
STS de 27 de octubre de 1994, (Ar.7679).
STS de 18 de noviembre de 1994, (Ar.9322).
STS de 14 de diciembre de 1994, (Ar.10110).
STS de 20 de diciembre de 1994, (Ar.9771).

STS de 15 de febrero de 1995, (Ar.851).
STS de 6 de marzo de 1995, (Ar.1783).
STS de 13 de marzo de 1995, (Ar.3134).
STs de 25 de marzo de 1995, (Ar.2138).
STS de 6 de abril de 1995, (Ar.3418).
STS de 18 de abril de 1995, (Ar.3137).
STS de 12 de mayo de 1995, (Ar.4231).
STS de 27 de mayo de 1995, (Ar.4135).
STS de 14 de junio de 1995, (Ar.4854).
STS de 11 de julio de 1995, (Ar.5959).
STS de 15 de julio de 1995, (Ar.6011).
STS de 26 de julio de 1995, (Ar.6596).
STS de 31 de julio de 1995, (Ar.6635).
STS de 26 de septiembre de 1995, (Ar.6671).
STS de 24 de noviembre de 1995, (Ar.8740).
STS de 30 de noviembre de 1995, (Ar.8900).
STS de 11 de diciembre de 1995, (Ar.9477).
STS de 12 de diciembre de 1995, (Ar.9603).
STS de 14 de diciembre de 1995, (Ar.9100).
STS de 29 de diciembre de 1995, (Ar.9818).
STS de 30 de diciembre de 1995, (Ar.9619).
STS de 6 de febrero de 1996, (Ar.1244).
STS de 6 de febrero de 1996, (Ar.1342).
STS de 29 de febrero de 1996, (Ar.1610).
STS de 12 de marzo de 1996, (Ar.2176).
STS de 18 de mayo de 1996, (Ar.8792).
STS de 12 de marzo de 1996, (Ar.2176).
STS de 5 de junio de 1996, (Ar.4819).
STS de 12 de junio de 1996, (Ar.4758).
STS de 14 de junio de 1996, (Ar.4768).
STS de 24 de junio de 1996, (Ar.4845).
STS de 26 de junio de 1996, (Ar.4789).
STS de 26 de junio de 1996, (Ar.4790).
STS de 27 de junio de 1996, (Ar.4792).
STS de 2 de julio de 1996, (Ar.5552).
STS de 5 de julio de 1996, (Ar.5562).
STS de 15 de julio de 1996, (Ar.5796).
STS de 31 de julio de 1996, (Ar.5575).
STS de 3 de octubre de 1996.
STS de 7 de octubre de 1996.

BIBLIOGRAFÍA

INDICE DE AUTORES

AGUILERA FERNÁNDEZ, A.: *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidades y límites constitucionales)*, Edit.Comares, Granada, 1990.

ALAMILLO DOMINGO, F.M.: "Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e información", en *La Ley*, 1994, Tomo 3.

ALBALADEJO, M.: "La persona jurídica", en *Revista de Derecho Notarial*, 1960.

- "Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito", *Anuario de Derecho Civil*, 1963

- *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996, Tomo I, Vol.1º.

- *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Edit.Bosch, Barcelona, Tomo II, Vol.I (1994) y Vol.II, (1996)

ALFARO ÁGUILA-REAL, J: "Autonomía privada y derechos fundamentales", en *Anuario de Derecho Civil*, 1993.

ALONSO ÁLAMO, M.: "Protección penal del Honor. Sentido actual y límites constitucionales", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penitenciarias*, Tomo XXXVI, 1983.

ALPA, G.: "Privacy e statuto dell'informazione", en la obra colectiva *Banche dati telematica e diritti della persona* (a cura di Guido Alpa e Mario Bessone), Edit.Cedam, Padova, 1984.

- "Ingegneria sociale e amministrazione del danno quindici anni di dottrina della responsabilità civile", en *Responsabilità civile*, Edit.Utet, Torino, 1987, Tomo I.

- *Responsabilità civile e danno*, Edit.Il Mulino, Bologna, 1991.

- *Istituzioni di Diritto Privato*, Edit.Zanichelli, Bologna, 1996.

ALPA, G., BESSONE, M., CARBONE, V.: *Atipicità dell'illecito. II.-Diritti della personalità e danno morale*, Edit.Giuffrè, Milano, 1993.

ÁLVAREZ CONDE, E.: "Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa", en *Revista de Derecho Político*, 1991, nº34.

ÁLVAREZ PRIETO: *El derecho a la intimidad como límite al derecho a la libertad de información*, Edit.Boletín Oficial del Colegio de Abogados de Madrid, mayo-junio 1986, nº3.

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral", en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, nº19.

ALZAGA, O.: *La Constitución española de 1978*, Ediciones del FORO, Madrid, 1978.

AMAT LLARI, E.: *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, Edit.La Ley, Madrid, 1992.

ANTÓN ONECA, J.: *Derecho Penal*, Edit.Akal, Madrid, 1986, (2ª edición anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Benytez Merino).

AROZAMENA, J.: "Jurisprudencia constitucional", en la obra colectiva *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Edit.Civitas, Madrid, 1991.

AUGER LIÑÁN, C.: "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen", en *Poder Judicial*, nº especial XIII, "Libertad de expresión y medios de comunicación".

AAVV.: *Derecho de daños*, Edit.La Rocca, Buenos Aires, 1989.

-*La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Edit.Cedam, Padova, 1991.

-Voces: "Right of Privacy" y "Right of Publicity", en el *Corpus Iuris Secundum. A Contemporary statement of American Law as derived from reported cases and legislation*, Tomo 77, Edit.West Publishing Co., St.Paul, Minn., 1994

BACIGALUPO, M.: "La aplicación de la doctrina de los <<límites inmanentes>> a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal (a propósito de la sentencia del Tribunal Administrativo alemán de 18 de octubre de 1990)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, nº38.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: "¿Necesita el Derecho Penal español un delito de indiscreción?", en *Poder Judicial*, septiembre 1989, nº15.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: "Notas sobre la estructura constitucional del Estado español", en *Revista de Derecho Político*, nº32.

-*Fuentes del Derecho*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992, vol.II.

BALAGUER CALLEJÓN, MªL.: "El contenido esencial del derecho de huelga", en *Revista de Derecho Político*, 1991, núm.34.

-*El derecho fundamental al honor*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992.

BAÑO LEÓN, J.Mª.: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, nº24.

BARENDT, E.: "Libel and Freedom of Speech in English Law", en *Public Law Review*, Autumn, 1993.

BARRAGÁN ROMERO, G.: *Elementos del daño moral*, Edit. Edino, Guayakil, 1995.

BASILE, M., FALZEA, A.: Voz: "Persona giuridica", *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXXIII, Milano, 1983.

BASTIDA, F.J.: "Comentario bibliográfico sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, nº2.

BATLLE SALES, G.: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Edit. Marfil, Alcoa, 1972.

BELLO LANDROVE, F.: "Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevantes", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1986, Tomo I.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en recepción pública del Excmo. Señor Don José Beltrán de Heredia y Castaño*, Madrid, 1976.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1976.

- "Comentario a la STS de 7 de marzo de 1988", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº16, enero-marzo 1988.

- "Comentario a la STC 144/1988", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1988, nº17.

- "Comentario del art.10.1.h)", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz, Edit. Tecnos, Madrid, 1989.

- Prólogo a la Edición de Tecnos de *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Madrid, 1990.

- "Comentario a la STC 241/1991", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, nº27.

- "Comentario a la STS de 15 de abril de 1992", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, nº29.

- "Las parejas de hecho", en *Aranzadi Civil*, 1993, I.

- "Comentario a la STS de 29 de marzo de 1996", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1996, nº41.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: "Revisión del contenido del bien jurídico del honor", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penitenciarias*, 1984, Tomo XXXVII.

- *Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor*, Edit. Tecnos, Madrid, 1987.

- "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico-penal", en la obra colectiva *Libertad de*

Expresión. Anuario 1990, Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público, Edit.Universitat Autònoma de Barcelona, Madrid, 1991.

- "Los límites a la libertad de expresión y los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, Tomo XLIV.

BETTI, E.: *Teoría General de las Obligaciones*, Edit.Edersa, Madrid, 1970. (traducción y notas de J.L.de los Mozos).

BONET CORREA, J.: *Código civil con concordancias, jurisprudencia y doctrina*, Edit.Civitas, Madrid, 1993, Tomo VIII.

BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Edit.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BONILINI, G.: *Il danno non patrimoniale*, Edit. Giuffrè, Milano, 1983.

BORRELL MACIÀ, A., "Hacia la responsabilidad sin culpa", en *Revista de Derecho Privado*, 1951.

BRUNS, : *Das wesen der bona fides bei der Ersitzung*, 1872.

BUSTO LAGO, J.M.: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, (Tesis doctoral inédita), La Coruña, 1995.

BUSTOS GISBERT, R.: "El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión", en *Revista de Estudios Políticos*, nº85, junio-septiembre 1994.

CABEDO NEBOT.: "Sobre las acciones por difamación" en *Poder Judicial*, junio 1986, nº2.

CAMACHO EVANGELISTA, F.: *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Edit.Universidad de Granada, MCMLXII.

CAMPOS PAVÓN, D.: "La titularidad del derecho al honor en las personas jurídicas", *La Ley*, 1996, nº4078.

CANO GONZÁLEZ, J-J., PÉREZ FERNÁNDEZ, MªD., GARRINA GORINA, M., SALVADOR CODERCH, P., (director): "Comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 de noviembre y 172, de 12 de noviembre", en *Anuario de Derecho Civil*, 1991, nº44.

CARACCIOLI, I.: *L'esercizio del diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1965.

CARBONE, V.: *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1969.

CARBONELL MATEU, J.C.: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edit. Edersa, Madrid, 1982.

CARBONNIER, J.: *Derecho Civil. Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones*, (traducción Manuel M^a Zorrilla Ruiz), Edit. Bosch, Barcelona, 1960, Tomo II, Vol. III.

CARMONA SALGADO, C.: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edit. Edersa, Madrid, 1991.

CARNELUTTI, F.: "Diritto alla vita privata", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1955.

CARRASCO PERERA, A.: "El <<juicio de razonabilidad>> en la justicia constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1984, n°11.

- "Comentario al art.123", en *Comentarios la Ley de Propiedad Intelectual*, coord. R. Bercovitz, Edit. Tecnos, Madrid, 1989.

- "Comentario al STS de 14 de diciembre de 1993", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1993, n°33.

- "Los derechos de la personalidad", en la obra colectiva *Derecho Civil*, Edit. Tecnos, Madrid, 1996

CARRILLO, M.: "Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución española de 1978", en *Revista de Derecho Político*, 1986, n°23.

- "Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978", Edit. PPU, Barcelona, 1987.

CASAS VALLÉS, R.: "Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación", en *Poder Judicial*, 1988, n°14.

- "Comentario a la STS Supremo de 25 de febrero de 1990", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1991, n°26.

- "Comentario a la STS de 17 de julio de 1993", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n°33.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil español común y foral*, Edit. Reus, Madrid, 1986, 5ª Edición, Tomos I, vol. 1, y Tomos III y IV.

- "Los derechos de la personalidad", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952.

CASTELLS ARTECHE, J.M.: "La limitación informática", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, Tomo II.

- "Derecho a la privacidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1994, n°39.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1987.

CENDOM, P., ZIVIZ, P.: "L'inversione dell'onere della prova nel diritto civile", en la obra colectiva *La responsabilità extracontrattuale. Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Edit.Giuffrè, Milano, 1994.

CHERCHI: "Considerazioni sulla buona fede", en *Rivista di Diritto Civile*, 1942.

CHINCHILLA MARÍN, C.: "Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública", en *Poder Judicial*, 1986, n°3.

- "Sobre el derecho de rectificación", en *Poder Judicial*, 1987, n°6.

CHIRONI, G.P.: *Colpa extracontrattuale*, Torino, 1903, vol.II.

CHOFRE SIRVENT, J.F.: *Significado y función de las leyes orgánicas*, Edit.Tecnos, Madrid, 1994.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H.: "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley orgánica 1/1982", en *Anuario de Derecho Civil*, 1983.

- "Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1988", *La Ley*, 1989, Tomo I.

- "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", en *Anuario de Derecho Civil*, 1994.

COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Tirant loBlanch, Valencia, 1990.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: "La intervención del Ministerio Fiscal en la autorización prestada por menores e incapacitados a las intromisiones en su honor, intimidad y derecho a la propia imagen (1)", en *Revista General del Derecho*, 1984.

CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Edit.Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966.

- "Comentario al artículo 8.4 del Código Penal", en *Comentarios al Código Penal*, Edit.Ariel, Barcelona, 1976, Tomo I (arts.1 a 22).

CREMADES, J.: *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, Edit.La Ley-Actualidad, Madrid, 1995.

CRISTÓBAL MONTES, A.: "El daño moral contractual", en *Revista de Derecho Privado*, 1990.

CRUZ VILLALÓN, P.: "El legislador de los derechos fundamentales", en la obra colectiva *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, (dirigida por Antonio López Pina), Edit.Civitas, Madrid, 1991.

- "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, nº35.

- Voz: "Derechos fundamentales", en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Edit.Civitas, Madrid, 1995, Vol.II.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: *Derecho Informático*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1993.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La protección de la personalidad en derecho privado", en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1974.

- "Caducidad y autonomía privada: Especial referencia a la interrupción de la caducidad por acuerdo de las partes", en *La Ley*, 1986, nº4.

- "Comentario al art.1106 del Código Civil" y "Comentario al art.1107 del Código Civil", ambos artículos en *Comentario del Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II.

- *Tratado de Responsabilidad Civil*, Edit.Civitas, Madrid, 1993.

DE ANTONIO GONZÁLEZ, J.: "La interpretación del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Curso 1991-1992, nº80

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C.: "El significado de la cláusula de orden público", en la obra colectiva *Historia y Derecho. Estudios en Homenaje al prof. Arcadio García Sanz*, Edit.TirantloBlanch, Valencia, 1995.

DE CARRERAS SERRA, L.: *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Edit.Ariel, Barcelona, 1996.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Edit.Civitas, Madrid, 1991.

- *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.

- *El negocio jurídico*, Edit.Civitas, Madrid, 1991 (edición original publicada en 1971)

- "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1982.

- *La persona jurídica*, Edit. Civitas, Madrid, 1991.

DE COSSÍO, A.: "La culpabilidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español", en *Anuario de Derecho Civil*, 1966.

DE COSSÍO, M.: "Hacia un nuevo concepto de persona jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, 1954.

- *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Edit. Tirant Llobrich, Valencia, 1993.

DE CUPIS, A.: "I diritti della personalità", en la obra colectiva *Trattato di Diritto Civile Commerciale*, Edit. Cedam, Padova, 1959, Tomo IV.

- "Riservatezza e segreto (diritto a)", *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo XVI.

- *El daño*, (traducción de Angel Martínez Sarrión), Edit. Bosch, Barcelona, 1975.

- *Il danno. Teoria Generale della responsabilità civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1976, Vols. I y II.

- *Teoria e pratica del Diritto Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1967, 2ª Edición.

DE DIEGO, F.C.: "El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil", en *Revista de Derecho Privado*, 1918, Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de octubre de 1918.

DE LOS MOZOS, J.L.: *El principio de buena fe*, Barcelona, 1965.

DE LA PLAZA, M.: *Derecho Procesal Civil*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1951, Vol. I.

DE LA VÁLGOMA, Mª.: "Comentario a la L.O. de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, Tomo II.

DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Edit. Civitas, Madrid, 1976.

DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Edit. Ariel, Barcelona, 1987.

DE OTTO Y PARDO, I., MARTÍN RETORTILLO, L.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Edit. Civitas, Madrid, 1988.

DE VEGA RUÍZ, J.A.: "Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites a la libertad de expresión", en *Poder Judicial*, 1990, nº 13, (especial).

DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "La reparación del daño", en LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1995, Tomo II, vol.2°.

DELGADO PIQUERAS, F.: "De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los famosos y la libertad de información (La sentencia del TC 197/1991, de 17 de octubre)", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, n°36.

DESANTES-GUANTER, J.Mª.: "De la libertad de expresión a la libertad de información", *Derecho y Persona*, 1991, n°24.

DI MAJO GIAQUINTO, A.: "Profili dei diritti della personalità", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1962.

-*La tutela dei diritti*, Edit.Giuffrè, Milano, 1993, Vol.III.

DÍAZ ALABART, S.: "Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete, (Sala de lo Civil) de 20 de mayo de 1987, sobre responsabilidad civil de un menor de edad por actuación ilegítima contra del honor de las personas", en *Revista Jurídica Castilla-La Mancha*, diciembre 1987, n°2.

DÍAZ LEMA, J.M: "¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?", *Revista de Administración Pública*, 1989, n°120.

DÍEZ-PICAZO, L.: "La responsabilidad civil hoy", en *Anuario de Derecho Civil*, 1979, Tomo II.

-*"Constitución y fuentes del Derecho"*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n°21, 1979.

-*Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Edit.Tecnos, Madrid, 1979, Vol.I.

-*Prólogo a la obra de Wieacker, Franz*, Edit.Civitas, Madrid, 1982.

-*"Comentario al art.1.3 del Código Civil"* y *"Comentario al art.1.6 del Código civil"*, ambos en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código, la Ley de 2 de mayo de 1975*, Edit.Tecnos, Madrid, 1987, vol.1°.

-*"La jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales"*, en la obra colectiva *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Edit.Civitas, Madrid, 1991.

-*"Comentario al art.1255 del Código Civil"*, en la obra colectiva *Comentario al Código Civil*, Edit.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, Tomo II.

-*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Edit.Civitas, Madrid, 1993, Vol.II.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de*

Derecho civil, Edit.Tecnos, Madrid, 1992, Vol.II.

-Sistema de Derecho civil, Edit.Tecnos, Madrid, Vol.I (1992), Vol II, (1995).

-Instituciones de Derecho Civil, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, vol.I.

-Fundamentos de Derecho Civil, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, Tomo II.

DÍEZ-PICAZO, L.M^a.: "El preámbulo de las leyes", en *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio, 1992.

DOGLIOTTI, M.: "I diritti della personalità: questioni e prospettivi", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1982, n°3.

DORAL, J.A.: *La noción de orden público en el Derecho Civil español*, Edit.Universidad de Navarra, Pamplona, 1967.

ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Edit.Universidad de Extremadura. Caja Salamanca y Soria, Cáceres, 1996.

ESPÍN ALBA, I.: "Comentario a la STS de 26 de julio de 1995", *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1996.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho Civil Español*, Edit.Edersa, Madrid, 1982, Vol.I.

ESTADELLA YUSTE, O.: *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Edit.Tecnos, Madrid, 1995.

ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de Mayo*, Edit.Civitas, Madrid, 1988. (Cuadernos Civitas).

-"El derecho al honor de las personas jurídicas", *Poder Judicial*, Jornadas nacionales sobre la libertad de expresión y medios de comunicación, 1990.

FARIÑAS MATONI, L.M^a.: *El derecho a la intimidad*, Edit.Trivium, Madrid, 1983.

FELIÚ REY, M.I.: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*, Edit.Tecnos, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ, T.R.: *Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad*, Edit.Civitas, Madrid, 1981.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M.: "¿Responsabilidad objetiva u obligación legal de indemnizar?", en *Anuario de Derecho Civil*, 1965.

FERRARA, F.: *Teoria del negozio illecito nel Diritto*

Civile italiano, Edit. Società Editrice Libreria, Milano, 1914

FERREIRA RUBIO, D.M.: *La buena fe*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1984.

-*El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del Código Civil*, Edit. Universidad de Buenos Aires, 1982.

FERRER RIBA, J.: "Sobre la capacidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas y su derecho al honor", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1996, n°3.

FERRI, G.B.: *Ordine Pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Edit. Giuffrè, Milano, 1970.

FLOUR, J., AUBERT, J-L.: *Les obligations. 2.-Le fait juridique*, Edit. Armand Colin, París, 1989.

FREIXES SANJUAN, MªT.: *Constitución y Derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos*, Edit. PPU, Barcelona, 1992.

FRIGAL FERNÁNDEZ-VILLAVARDE, L.: *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento español*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1981.

GALGANO, F.: "Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica", en *Rivista di Diritto Civile*, 1965, I.

-*"Delle persone giuridiche"*, en *Commentario del Codice Civile a cura de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Edit. Zanichelli e Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1969.

-*Diritto Privato*, Edit. Cedam, Padova, 1988, 1992.

-*Diritto Civile e Commerciale*, Edit. Cedam, Padova, 1993, Tomo II, Vol. II.

GÁLVEZ MONTES, J.: "Comentario al art. 81 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentarios a las Leyes Políticas* (dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil), Edit. Edersa, Madrid, 1984, Tomo IV.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Edit. Civitas, Madrid, 1988, (4ª edición), Tomo I.

GARCÍA GARCÍA, C., GARCÍA GÓMEZ, A.: *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, (Premio San Raimundo de Peñafort, del Ilustre Colegio Abogados de Murcia), Edit. Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia e Ilustre Colegio de Murcia, Murcia, 1994.

GARCÍA HERRERA, M.A.: "Estado democrático y libertad de expresión (I)", *RFDUC*, 1982, n°64.

GARCÍA MACHO, R.: *Reserva de Ley y potestad reglamentaria*, Edit.Ariel, Barcelona, 1988.

GARCÍA MORILLO, J.: *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Edit.Tirant Loblanch, Valencia, 1994.

GARCÍA SERRANO, F.A.: "El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil", en *Anuario de Derecho Civil*, 1972.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Edit.Edersa, Madrid, 1985.

GARRIDO FALLA, F.: "Comentario del art.81 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, obra dirigida por este mismo autor, Edit.Civitas, Madrid, 1980

GARRORENA MORALES, A.: "Acerca de las leyes orgánicas y de su espúrea naturaleza jurídica", en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n°13, 1980.

-*El lugar de la ley en la Constitución española*, Edit.CEC, Madrid, 1980.

GARUTTI, M.: *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Edit.Cedam, Padova, 1985.

GARUTTI, M., MACIOCE, M.: "Il danno da lesione dei diritti della personalità. Profili generali", en *Rassegna di Diritto Civile*, 1984, n°1.

GAYOSO ARIAS, R.: "La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo", en *Revista de Derecho Privado*, 1918.

GETE ALONSO Y GALERA, M^aC.: "Comentario al art.7 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigido por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), Edit.Edersa, Madrid, 1992, Tomo I, Vol.1.

GIAMPICCOLO, G.: "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958.

GIANNINI, G.: *Il risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza*, Edit.Giuffrè, Milano, 1991.

GIORGIANNI, M.: "La tutela della riservatezza", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1970.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "Imagen, (Derecho a la propia)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1979, Tomo XII.

- "El derecho a la propia imagen hoy" en la obra *Homenaje a Juan Berchmans. Vallet de Goytisolo*, Edit. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, Tomo VI.

GÓMEZ ORBANEJA, : *Derecho Procesal civil*, Vol.1º, (Parte General), Madrid, 1976.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional", en *Revista de Administración Pública*, 1987, nº113.

GONZÁLEZ MURUA, A.R.: *El derecho a la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa y la L.O.5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal*, Edit. Institut de Ciències Polítiques i Socials, Barcelona, 1994 (Working Papers, nº96).

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Edit. Civitas, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ POVEDA, P.: "Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", *Actualidad Civil*, 1995, nº6.

GONZÁLEZ VICEN, F.: "Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1991, Tomo VIII.

GRIMALT SEVERA, P.: "El tratamiento de datos sobre la solvencia patrimonial obtenidos en resoluciones judiciales. (Comentario a la STS, Sala 3ª de 3 de marzo de 1995)", *Derecho Privado y Constitución*, 1995, nº6.

GRISOLIA, G.: *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell'onore e della riservatezza*, Edit. Cedam, Milano, 1994.

GSCHNITZER, F.: *Schuldrecht. Besorender Teil und Schadenersatz*, Viena, 1963, (citado por Santos Briz, J., *La responsabilidad civil*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1986).

GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

GUIJARRO CONTRERAS, G.: "Responsabilidad automovilista", en *Anuario de Derecho Civil*, 1963.

HÄBERLE, P.: "El legislador de los derechos fundamentales", en la obra *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*,

(director Antonio López Pina), Edit.Civitas, Madrid, 1991

HERCE DE LA PRADA, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación*, Edit.Bosch, Barcelona, 1994.

HEREDERO HIGUERAS, M.: *La Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Comentario y Textos*, Edit.Tecnos, Madrid, 1996.

HERNÁNDEZ GIL, A.: "El Problema de la patrimonialidad de la prestación", en *Revista de Derecho Privado*, 1960.

-*Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe* (Discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979.

HERRERO-TEJEDOR, F.: *Honor, Intimidad, y Propia Imagen*, Edit.Colex, Madrid, 1990.

HOFFMAN, S.J.: *Limitations on the Right of Publicity*, en *Bulletin of the Copyright Society of the U.S.A.*, 1980-81.

HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: "Los bienes de la personalidad", en la obra colectiva *Manual de Derecho Civil*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1995, Tomo I.

IGARTUA ARREGUI, F.: *La apropiación comercial de la imagen y del nombre ajenos*, Edit.Tecnos, Madrid, 1991.

-*"La protección del honor y de la intimidad"*, en *Poder Judicial*, 1987, nº5.

-*"Comentario a la STS de 28 de octubre de 1988"*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre-diciembre 1988, nº18.

-*"Comentario a la STS de 20 de febrero de 1989"*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1989, nº19.

-*"La protección de los aspectos personal y patrimoniales de los bienes de la personalidad tras la muerte de la persona"*, *La Ley*, 1990-1.

IGLESIAS CUBRÍA, M.: *El derecho a la intimidad*, Discurso Inaugural del Año Académico 1970-1971, Universidad de Oviedo, Edit.Universidad de Oviedo.

IRTI, N.: *La edad de la descodificación*, Edit.Bosch, Barcelona, 1992.

-*Introduzione allo studio del Diritto privato*, Edit.Cedam, Padova, 1990.

JAÉN VALLEJO, M.: "La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, nº12.

JESCHECK, H.H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Edit.Comares, Granada, 1993, (Traducción por J.L. Manzanares Samaniego).

JIMÉNEZ ASENJO, E.: Voz: "Delitos contra el honor", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1985, Tomo VI.

JIMÉNEZ CAMPO, J.: Voz: "Ley orgánica", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Edit.Civitas, Madrid, 1995, Vol.III.

JIMÉNEZ DE ASUA, L.: *Tratado de Derecho Penal*, Edit.Losada, Buenos Aires, 1965, Vol.III.

JIMÉNEZ DE PARGA, M.: "Seis años de Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1988, nº3-4.

KAYSSER, P.: *La protection de la vie privée*, Edit.Economica. Presses Universitaires d'aix-marseille, 1990 (2ª edición).

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: "Libertad contractual", en *Revista de Derecho Privado*, 1972.

- "Aplicación del Código civil como Derecho supletorio de otras leyes", en *Revista de Derecho Privado*, 1976.

LARENZ, K.: *Derecho Civil. Parte General*, (traducción española Miguel Izquierdo y Macías-Picavea), Edit.Edersa, Madrid, 1978.

LASAGABASTER HERRARTE, I.: "Sobre las leyes orgánicas", en *Revista Vasca de Administración Pública*, 1987, nº17.

- "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público", en la obra colectiva *Estudios en Homenaje al prof.Eduardo García de Enterría*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, Tomo II.

LASARTE ALVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil* (parte general y Derecho de la persona), Edit.Trivium, Madrid, 1992.

LAZCANO BROTONS, I.: "Reproducción de informaciones y diligencia profesional. (La reciente jurisprudencia constitucional sobre el conflicto entre la libertad de información y del derecho al honor)", en *Revista Vasca de Administración Pública*, enero-abril 1994, nº38.

LEÓN GONZÁLEZ, J.Mª.: "La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a patria potestad", en *Estudios de Derecho Civil en honor del prof.Castán Tobeñas*, Edit.Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.

LETE DEL RIO, J.Mª.: *Derecho de la persona*, Edit.Tecnos, Madrid, 1996.

-Derecho de Obligaciones, Edit.Tecnos, Madrid, 1995, Vol.III.

LINDE PANIAGUA, E.: "Ley y Reglamento en la Constitución", en *Lecturas sobre la Constitución española*, Edit.UNED, Madrid, 1978, vol.I.

-Leyes Orgánicas, Madrid, 1980.

-"Competencia o jerarquía en la posición de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico: a propósito del art.28,2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", en *Revista de Administración Pública*, nº91.

LIPARI, N.: *Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza*, Edit.Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1980.

LÓPEZ DÍAZ, E.: *El derecho al honor y el derecho a la intimidad. Jurisprudencia y doctrina*, Edit.Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ GARRIDO, D.: "Aspectos de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal", en *Revista de Derecho Político*, 1993, nº38

LÓPEZ GUERRA, L.: "La libertad de información y el derecho al honor", en *Poder Judicial*, 1989, nº6 (especial).

LÓPEZ JACOÍSTE, J.J.: "Intimidad, honor, y propia imagen ante la responsabilidad civil" en la obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans. Vallet de Goytisolo*, Edit.Junta de Decanos de los colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid,1990, Tomo IV.

-"Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", en *Anuario de Derecho Civil*, XII-1986.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Edit.Tecnos, Madrid, 1992.

-"La protección de datos personales ante el uso de la informática en el Derecho español (I)", *Estudios y Jurisprudencia*, Revista Colex, Año I, nº3, nov-dic.1992.

-*Informática y protección de datos personales. (Estudio sobre la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal)*, Cuadernos y Debates, nº43, Edit.Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

LUCAS VERDÚ, P.: "Comentario al art.18 de la Constitución", en la obra colectiva *Constitución española comentada*, Edit.Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

LUZÓN PEÑA, D-M.: *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Edit.Bosch, Barcelona, 1978.

MADRID CONESA, F.: *Derecho a la intimidad, informática y Derecho*, Edit.Universidad de Valencia, Valencia, 1984.

MAGALDI, M^a.J.: *La legítima defensa*, Edit.Bosch, Barcelona, 1976.

MALUQUER DE MOTES, C.: *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Edit.Bosch, Barcelona, 1993.

MANRESA Y NAVARRO, J.M^a.: *Código Civil Español*, Edit.Reus, Madrid, 1951, Tomo XII.

MARSHALL, G.: "Press freedom and free speech Theory", en *Public Law Review*, Spring, 1992.

MARTIN, L.: "Le secret de la vie privé", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*,

MARTIN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código Civil*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

MARTÍN CASALS, M., SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario a la STS de 18 de abril de 1989", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1989, n°21.

MARTÍN MORALES, R.: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Edit.Universidad de Granada, Granada, 1994.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *Estudios de Derecho Patrimonial*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1984.

- *La responsabilidad civil profesional*, Edit.Colex, Madrid, 1996.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Edit.Civitas, Madrid, 1992.

MARTÍNEZ ESPÍN, P: "Comentario a la STS de 21 de diciembre de 1994", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1995, n°37.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: *Libertades Públicas*, Edit.Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1993, vol.I.

MASSIMO BIANCA, C.: *Diritto Civile. La norma giuridica. I soggeti*, Edit.Giuffrè, Milano, 1984.

MAYOR, P.: "Comentario del artículo 53.1 de la Constitución española", en la obra colectiva *Comentario a la Constitución. Jurisprudencia Constitucional*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

MAZEAUD, H., *Derecho Civil. Parte Primera*, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, (traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1959.

-*Derecho Civil. Parte Segunda. Responsabilidad civil. Contratos y Cuasicontratos*, Edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1960, (traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo), Tomo II, Vol. 2°.

MENÉNDEZ ALZAMORA, M.: "El derecho al honor del artículo 18 de la Constitución española de 1978", en *Revista General del Derecho*, 1987, n° 516,

MENÉNDEZ PÉREZ, S.: "La <<LORTAD>> y los sistemas informáticos de la oficina judicial", en *Poder Judicial*, 1994, 2ª época, n° 36.

MESSINEO, F.: *Manual Derecho civil y comercial*, (traducción de Santiago Sentís Melendo), Edit. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, Tomos I y V.

MIQUEL MARTÍNEZ, J.Mª.: "Comentario del art. 7.1 del Código Civil", en *Comentarios del Código Civil*, Edit. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, Tomo I.

MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, Edit. P.P.U., Barcelona, 1990, 3ª Edición.

MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1992, Tomo II, Vol. 1°.

MONTÉS, V.L.: "Comentario del art. 7.1 del Código Civil", en la obra colectiva *Comentarios a las Reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Edit. Tecnos, Madrid, 1977, vol. 1°.

- "Los derechos fundamentales", en la obra colectiva *Derecho Civil. Parte General*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

MONTÓN GARCÍA, MªL.: "Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión", en *La Ley*, 1995, Tomo 1.

MORENO GARCÍA, A.: "Buena fe y Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, n° 38.

MUÑOZ CONDE, F., GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ MACHADO, S.: "Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación", en *Poder Judicial*, 1986, n° 1.

- *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Edit. Ariel,

Barcelona, 1988.

NIPPERDEY, H.C.: *Allgemeiner Teil de Bürgerlichen Recht*, 1960, (citado por Santos Briz, J., *La responsabilidad civil*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1986).

O'CALLAGAN MUÑOZ, X.: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edit.Edersa, Madrid, 1991.

-*Compendio de Derecho Civil*, Edit.Edersa, Madrid, 1987, Tomo II, Vol.1º.

OLIVEROS LAPUERTA, Mª V.: *Estudio sobre la Ley de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen*, en Cuadernos de Documentación. Presidencia del Gobierno. Secretaría General Técnica. Subdirección General de Documentación., Madrid, 1980.

OROZCO PARDO, G.: *De la prescripción extintiva y su interrupción en el Derecho Civil*, Edit.Comares, Granada, 1995.

ORTI VALLEJO, A.: *Derecho a la intimidad e informática*, Edit.Comares, Granada, 1994.

-*"El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática"*, en *Derecho Privado y Constitución*, 1994, nº2.

OSORIO, L.: *"Comentario al art.18 de la Constitución"*, en la obra colectiva *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Edit.Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.

PACCHIONI, : *"Dei delitti e quasi delitti"*, en *Diritto Civile Italiano*, Padova, 1940, vol.IV.

PACE, A.: *"El legislador de los derechos fundamentales"*, en la obra colectiva *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, (director de la edición Antonio López Pina), Edit.Civitas, Madrid, 1991.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *"Comentario al art.1902 del Código Civil"*, en la obra *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.

PARDO FALCÓN, J.: *"Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº34.

PAREJO ALFONSO, L.: *"El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981"*, en *Revista Española de Derecho*

Constitucional, nº3, 1981.

- "El derecho fundamental a la intimidad", en la obra colectiva *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (edición a cargo de José M^a Sauca), Edit. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

PARRA LUCÁN, M^aA.: "De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad", en *Anuario de Derecho Civil*, 1989.

PATTI, S.: *Saggi di Diritto Privato Comparato*, Edit. G. Giapichelli, Torino, 1986.

PECES-BARBA, G.: *Derecho fundamentales*, Edit. Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1986.

PEMÁN GAVÍN, J.: "Las leyes orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del Derecho", en la obra *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof. Eduardo García de Enterría*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, Tomo I.

PENA LÓPEZ, J.M^a.: *Lecciones de Derecho Civil*, cedidas por cortesía del autor.

- Alcance de la exigencia de la naturaleza cogente en la norma contravenida para los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 6.3 del Código Civil, libro inédito.

- "La historicidad del Derecho Civil", *Actualidad y Derecho*, 1995, nº48.

- "Derecho civil, Derecho común y Derecho especial", en *Actualidad Civil*, 1995, nº41.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código civil*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1994.

PÉREZ CÁNOVAS, N., "Las personas jurídicas y el derecho al honor. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1989", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1989, nº15.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, Edit. Tecnos, 2ª edición, Madrid, 1986.

- *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Edit. Tecnos, Madrid, 1991.

- Intimidad y protección de datos personales: del *Habeas Corpus* al *Habeas Data*", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad* (editor Luis García Sanmiguel), Edit. Tecnos, Madrid, 1992.

- "Dilemas actuales de la protección de la intimidad", en la obra colectiva *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Edit. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de

las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994.

PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Edit.Tecnos, Madrid, 1993, (4ª edición).

-Curso de Derecho Constitucional, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1995.

PERPIÑÁ RODRÍGUEZ, A: "Análisis sociológico de la doctrina orteguiana de los <<usos>>", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 1962, nº13.

PLANIOL, M.: *Traité élémentaire de Droit Civil*, París, 1907.

PLANIOL, M.; RIPERT, G.; BOULANGER: *Traité élémentaire de Droit Civil*, París, 1947, vol.II.

PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Edit.Tirant Llobrich, Valencia, 1996.

PONZANELLI, G.: *La responsabilità civile. Profili di Diritto Comparato*, Edit.Il Mulino, Bologna, 1992.

PORTERO MOLINA, J.A.: *Constitución y Jurisprudencia constitucional*, Edit.Tirant Llobrich, Valencia, 1992.

POTHIER, R.J.: *Tratado de las Obligaciones*, (según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M.Dupin, corregida y revisada por M.C. de las Cuevas), Edit.Heliasta, 1993.

PREDIERI, P.: "El sistema de las fuentes del Derecho", en la obra colectiva *La Constitución española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs.Alberto Predieri y E. García de Enterría.*, Edit.Civitas, Madrid, 1984.

PRIETO CASTRO, : *Tratado de Derecho procesal*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 2ª Edición, Tomo I.

PRIETO SANCHÍS, L.: "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", en *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, nº2.

-*"Comentario del art.53.1 de la Constitución española"*, en la obra colectiva *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Edit.Edersa, Madrid, 1984, Tomo IV.

-*"Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978"*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº62.

PROSSER, W.: "Privacy (a legal analysis)", en *California Law Review*, 1960.

-*Prosser and Keeton on The Law of Torts*, Edit.West

Publishing Co., St.Paul, Minn., 1984.

PUGLIESE, G.: "Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche", *Foro italiano*, 1954, I.

- "Il diritto alla <<riservatezza>> nel quadro dei diritti della personalità", en *Rivista di Diritto Civile*, 1963.

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1983, Tomo II, Vol.III.

- *Introducción al Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1980.

- *Caducidad, prescripción extintiva y usucapión*, Edit.Bosch, Barcelona, 1996.

PUIG PEÑA, F: *Tratado de Derecho Civil Español*, Edit.Edersa, 1946, Tomo IV, Vol.1º.

- *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Edersa, Madrid, 1969.

PUYOL MONTERO, J., GENEROSO HERMOSO, MªF.: *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Edit.Edigener, Madrid, 1991.

QUADRA SALCEDO, T.: "La ley en la Constitución: Leyes Orgánicas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1980, nº24.

QUINTANO RIPOLLES, A.: *Responsabilidad civil*, Monografía de jurisprudencia, Edit.La Ley, Madrid, 1992.

QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1989, 2ª Edición.

- "La intervención del Derecho Penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones", en *Poder Judicial*, 1990, nº especial XIII.

RAMS ALBESA, J., "La responsabilidad por delito o cuasidelito. El Planteamiento del Código", en J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de obligaciones. Contratos y Cuasicontratos. Delitos y Cuasidelitos*, Edit.Bosch, Barcelona, 1995, Tomo II, Vol.2º.

RANIERI,: *Manual de Derecho Penal*, Edit.Temis, Bogotá, 1975, Tomo I.

RAVANAS, J.: *La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image*, Edit.L.G.D.J, París, 1978.

RAVAZZONI, A.: *La riparazione del danno non patrimoniale*, Edit.Giuffrè, Milano, 1962.

REBOLLO VARGAS, R.: *Aproximación a la jurisprudencia*

constitucional: libertad de expresión e información, límites penales, Edit.PPU, Barcelona, 1992.

RIGAUX, F.: *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Edit.L.G.D.J., París, 1990.

RIPOL CARULLA, S.: "En torno a la calificación de la pasividad española para el cumplimiento del Convenio nº108 del Consejo de Europa como acto ilícito internacional", en *La responsabilidad internacional. XIII Jornadas de la AEPIRI*, Alicante, 1990.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "La caducidad", en J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*, vol.3º, de J.L. Lacruz y otros, Edit.Bosch, Barcelona, 1990.

RODRÍGUEZ GARCÍA, C-J.: "La protección de los llamados derechos de la personalidad: honor de la persona jurídica. Comentario jurídico a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 5 de octubre de 1989", en *Actualidad Civil*, 1990-3.

- "Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, derecho a la información y derecho al honor, a la intimidad personal y familiar conectadas con las informaciones periodísticas y la insinuación de una necesaria hermenéutica concorde con el sistema axiológico español", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Curso 1990-1991, nº78.

- *Contingencias varias de Jurisprudencia y Honor*, Edit.Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.Mº.: *El derecho al honor de las personas jurídicas*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1996.

RODRÍGUEZ MOLINERO, M.: *Libertad de expresión y derecho al honor*, Edit.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones., Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *La legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid, 1976

- "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos", en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al prof.Eduardo García de Enterría*, Edit.Civitas, Madrid, 1991, Tomo I.

ROGEL VIDE, C.: *La responsabilidad civil extracontractual. Introducción al estudio jurisprudencial*, Edit.Civitas, Madrid, 1976.

- "El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y la libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional", en *Poder Judicial*, 1991, nº22.

-*Estudios sobre Propiedad Intelectual*, Edit.Bosch, Barcelona, 1995.

ROJAS RIVERO, G.P.: "El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencias al ámbito laboral", en *Poder Judicial*, 1990, nº13, (especial).

-*Libertad de expresión del trabajador*, Edit.Trotta, Valladolid, 1991.

ROJO AJURIA, L.: "La tutela civil del derecho a la intimidad. Comentarios a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Anuario de Derecho Civil*, 1986, Tomo I.

ROMÁN GARCÍA, A.: "Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad", en *Revista de Derecho Privado*, 1989.

ROMERO COLOMA, A.: *Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración al proceso penal*, Edit.Bosch, Barcelona, 1984.

-*Los bienes y derechos de la personalidad*, Edit.Trivium, Madrid, 1985.

ROMERO MORENO, J.M.: "La aplicación normativa directa de la Constitución española", *La Ley*, 1983, vol.2.

ROPPO, V.: *Diritto Civile*, Edit.Loescher, Torino, 1996.

ROVELLI, : "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", en *Rivista di Diritto Privato*, 1933.

ROVIRA VIÑAS, A.: "Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación con la informática, la medicina y los medios de comunicación", en *Revista de Estudios Políticos*, 1992, nº77.

ROXIN, C.: "Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena", *Cuadernos de Política Criminal*, 1992, nº46.

ROYO JARA, J.: *La protección del derecho a la propia imagen*, Edit.Colex, Madrid, 1987.

RUBIO LLORENTE, F.: "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº39, 1993.

-*Derechos fundamentales y Principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Edit.Ariel, Barcelona, 1995.

RUBIO TORRANO, E.: "La caducidad en el Derecho Civil español", *Aranzadi Civil*, 1996, nº19.

RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, Edit.Reus, Madrid, 1971, (traducción española por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Tiejeiro), Tomo II.

RUÍZ MIGUEL, C.: *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Edit.Civitas, Madrid, 1994.

- "En torno a la protección de los datos personales automatizados", en *Revista de Estudios Políticos*, 1994, nº84.

- *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Edit.Tecnos, Madrid, 1995.

- "El derecho a la intimidad informática en el ordenamiento español", en *Revista General del Derecho*, 1995, nº607.

RUÍZ TOMÁS, : "Ensayo sobre el derecho a la propia imagen", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1931.

SALVADOR CODERCH, P.: *El mercado de las ideas*, Edit.Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

- "Comentario a la STS de 22 de abril de 1992", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1992, nº30.

SÁNCHEZ FERRIZ, R.: "Algunas reflexiones sobre la efectividad de los derechos y libertades", en *Revista de Derecho Político*, 1992, nº36.

- "Un año de jurisprudencia constitucional sobre la información. ¿Consolidación o cambio de la doctrina anterior?", en *Revista General del Derecho*, 1994, nº596.

- "El derecho a la información en la jurisprudencia constitucional", en *Derecho e información*, Cuadernos "Lucas Mallada", nº1, Zaragoza, 1995.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *Libertad de expresión*, Edit.Marcial Pons, Madrid, 1992.

SANCHO REBULLIDA, F.de A.: "El objeto de la obligación", en J.L. LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, Edit.Bosch, Barcelona, 1994, Tomo II, Vol.2º.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: "Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración", en *Revista de Derecho Político*, 1979, nº4.

- "Sobre derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, nº15.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: "En torno a las leyes orgánicas: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero", en *Revista de Administración Pública*, 1984, nº104.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho de Daños*, (4ª Edición), Edit.Edersa, Madrid, 1963.

- "La culpa en el Derecho civil. Ampliación actual de su concepto", en *Revista de Derecho Privado*, 1967.

- *La responsabilidad civil*, Edit.Montecorvo, 1983.

- *La responsabilidad civil. Derecho substantivo y Derecho procesal*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1991, Tomos I y II.

- *Código Civil, comentarios y jurisprudencia*, Edit.Comares, Granada, 1991.

SARAZÁ JIMÉNEZ, R.: *Libertad de expresión e información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Edit.Aranzadi, Pamplona, 1995.

- "El honor de las personas jurídicas", *Actualidad Civil*, junio 1996, nº23/3.

SARMIENTO ACOSTA, M.J.: "El derecho al honor del particular y la libertad de expresión", en *Poder Judicial*, 1994, nº36, 2ª Época.

SAUER, G.: *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Bosch, Barcelona, 1976.

SCHNEIDER, H-P.: "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático", en *Revista de Estudios Políticos*, 1979, nº7.

SCIALOIA: *Diritto delle obbligazioni*, 1898-1899.

SCOGNAMIGLIO, R.: "Il danno morale", en *Rivista di Diritto Civile*, 1957.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al art.18 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentarios a la leyes políticas. Constitución española de 1978* (dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil), Edit.Edersa, Madrid, 1984.

SERRA CALLEJO, J: "Comentario a la STS de 23 de julio de 1990", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1990, nº24.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Comentario al art.1250 CC", en *Comentario del Código civil*, Edit.Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, Tomo II.

- *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, Tomo XVI, Vol.2º, Edit.Revista de Derecho Privado.

SERRANO ALBERCA, J.M.: "Comentario al art.18 de la Constitución", en la obra colectiva *Comentarios a la Constitución*, (dirigidos por Garrido Falla), Edit.Civitas, Madrid, 1985

SERRANO ALONSO, E.: *Derecho de la persona*, Edit.La Ley, Madrid, 1992.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J.: "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1988, nº23.

- "Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos", en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Edit.Asamblea Regional de Murcia (Servicio de Publicaciones), 1990, nº2.

- "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", en *Revista de Estudios Políticos*, 1991, nº71.

- "Acerca de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión", en *Revista de Estudios Políticos*, 1992, nº77.

SOSA WAGNER, F.: "Aproximación al tema de las leyes orgánicas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1979, nº21.

- "Aproximación al tema de las leyes orgánicas", en la obra colectiva *La Constitución española de 1978 y las fuentes del Derecho*, Edit.Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

STEIN, E.: *Derecho Político*, Edit.Aguilar, 1973 (edición original 1971).

TERCIER, P.: *Le nouveau droit de la personnalité*, Edit.Shulthess, Zürich, 1984.

TIRELLI, T.: *Informazione e responsabilità civile*, Edit.Giuffré. Milano, 1996.

TRAVIESAS, M.: "Las personas jurídicas", en *Revista de Derecho Privado*, 1921.

TRIMARCHI, P.: *Istituzioni di Diritto privato*, Edit.Giuffré, Milano, 1991.

- Voz "illecito (dir. priv)" en *Enciclopedia del Diritto*, Edit.Giuffré, Milano, 1970, Tomo XX.

TRUYOL SERRA, A.: *Los derechos humanos*, Madrid, 1982.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, 4ª Edición, Edit.Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

VELÁZQUEZ BAUTISTA, R.: *Protección Jurídica de datos personales automatizados*, Edit.Colex, Madrid, 1993.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la L.O. de 5 de Mayo de 1982*, Edit.Montecorvo, Madrid, 1984.

VILARIÑO PINTOS, E.: "La regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal ante el Derecho Internacional", en la obra colectiva *La protección de los datos personales. Regulación nacional e internacional de la seguridad informática*, Centre d'Investigació de la Comunicació i Universitat Pompeu Fabra, Edit.Generalitat de Catalunya, 1993.

VILLACORTA MANCEBO, L.: "Aspectos de la reserva de Ley en el sistema constitucional español", en *Estudios Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Edit.Universidad de Cantabria. Facultad de Derecho, 1993, Tomo I.

-Reserva de Ley y Constitución, Edit.Dykinson, Madrid, 1994.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.: "Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 234/1993", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994, nº41.

VINEY, G.: *Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité*, Edit.L.G.D.J., París, 1995.

VISINTINI, G.: *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Edit. Cedam, Padova, 1967.

-*I fatti illeciti. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Edit.Cedam, Padova, 1987.

VIVES ANTÓN, T.S.: "Libertad de expresión y derecho al honor", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, (2º cuatrimestre), nº13.

-"Delitos contra el honor", en la obra colectiva *Derecho Penal. Parte General*, Edit.Tirant loBlanch, Valencia 1993.

VON LISZT, F.: *Tratado de Derecho Penal*, Edit.Reus, (Traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asua y adicionado con el Derecho Penal Español por Quintillano Saldaña).

VON THUR, A.: "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual", en *Revista de Derecho Privado*, 1925.

-*Tratado de las Obligaciones*, Edit.Reus, Madrid, 1934, (Traducción W.Roces), Tomo I.

WARREN, S., y BRANDEIS, S.L.: *El derecho a la intimidad*, (traducción de la obra "Right of Privacy", publicada en la Harvard Law Review, vol.IV, nº5, 1890, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga), Edit.Civitas, Madrid, 1995.

WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Edit.Atheneum, Nueva York, 1970.

WIEACKER, F.: *El principio general de la buena fe*, Edit.Civitas, Madrid, 1982, 2ª Edición.

YSÁS SOLANÉS, M^a.: "La protección a la memoria del fallecido en la L.O.1/1982", en la obra *Homenaje a Juan Berchmans. Vallet de Goytisoló*, Edit. Junta de Decanos de los colegios notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1990, Tomo IV.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al artículo 1107 del Código Civil", en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1992.

-Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Edit. Reus, Madrid, 1993.

ZENO-ZENCOVICH, E.: *Onore e reputazione nel sistema del Diritto Civile*, Napoli, 1985.

